

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**¿En qué medida es posible la mediación penal dentro del régimen
normativo ecuatoriano?**

CONNIE GABRIELA FRÍAS MENDOZA

DIRECTOR:

DR. XAVIER ANDRADE DEL CASTILLO

Tesis de grado presentada como Requisito
Para la obtención del Título de Abogada

Quito
Abril de 2011

© Derechos de Autor
Connie Gabriela Frías Mendoza
2011

A mis amados padres por guiarme y protegerme y, por darme valor para seguir adelante en todos estos años de estudios. A mis queridas hermanas, por ser la alegría de mi corazón y a quienes quiero dejarles la legacia ir siempre tras sus sueños, sabiendo que deben tener la fortaleza para luchar por sus propias convicciones.

Agradezco desde el fondo de mi corazón a mis padres, quienes con su afecto, cariño, consejos y ayuda me empujaron siempre a lograr mis metas. Entre ellas uno de los más importantes, como lo es la culminación de mi educación universitaria y en consecución la obtención de mi título universitario. Confianza y apoyo que no defraudare, apegándome a los principios éticos y morales a través del ejercicio responsable de mi profesión.

A Dios por darme salud y vida para seguir mis sueños y alcanzar mis objetivos dentro de este primer paso profesional.

De la misma manera, quiero agradecer a la Universidad San Francisco de Quito, a todo el grupo de docentes que han contribuido a mi enriquecimiento intelectual y moral.

RESUMEN

En lo esencial, los códigos penales y procedimentales procuran responder a las necesidades de una sociedad moderna en el ámbito criminal y penal, pero, debe señalarse la necesidad de reorientar el Derecho penal a la satisfacción de la víctima. En este sentido, en el presente trabajo, se pone en consideración de los lectores un análisis sobre la implementación de la mediación penal, institución libre y responsable, que contribuye, además de la reparación a la víctima, a la disminución de la victimación secundaria, y aumentar las posibilidades de reinserción del victimario, configurándose como vehículo de participación de la comunidad en el sistema de justicia penal, como un instrumento de cohesión social.

Además el lector, podrá reconocer los beneficios que acarrea para el ofendido; debido a que el sistema penal en la práctica es ineficiente ya que muchos afectados prefieren no efectuar las correspondientes denuncias, pues consideran que es una pérdida de tiempo obtener un resultado positivo; por tal motivo la mediación se vuelve una alternativa dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

ABSTRACT

In essence, criminal and procedural codes seek to respond to the needs of a modern society in the criminal and penal area, but it should be noted the need to reorient the criminal law to the satisfaction of the victim.

In this sense, this work is presented to readers an analysis of the implementation of mediation, which is a free and responsible institution, which contributes to the repair of damage caused to the victim, the decline of secondary victimization, and increases the chances of reintegration of the perpetrator.

Mediation configures itself as a vehicle for community involvement in the penal justice system, and also as an instrument of social cohesion.

Furthermore, the reader may recognize the benefits associated to the victim. The penal system in practice is inefficient because many victims choose not to make the appropriate charges, believing it is a waste of time for a positive outcome, for this reason, mediation becomes an alternative in the Ecuadorian

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	9
Capítulo I. Métodos alternativos de solución de conflictos y la crisis de la administración de justicia.	12
1.1. Generalidades	12
1.2. Enfoque Histórico de los Métodos Alternativos de solución de conflictos	13
1.2.1. Antecedentes Históricos Generales	13
1.2.2. Principales Métodos de Resolución de Conflictos	15
1.2.2.1. Negociación	15
1.2.2.2. Arbitraje	17
1.2.2.3. Mediación	20
1.2.3. Antecedente Histórico en el Ecuador	24
1.3. Enfoque Jurídico de los MASC	25
1.3.1. Evolución Normativa	25
1.4. Enfoque Socio-Cultural	27
1.4.1. Saturación de Causas	28
Capítulo II. Mediación Penal	
2.1. Caracterización	34
2.2. Notas Distintivas	34
2.3. Elementos de la mediación	35
2.3.1. Víctima y Ofendido	36
2.3.2. Victimario	40
2.3.3. El Mediador	42
2.3.4. El Conflicto y el Mediador	44
2.4. Conflicto	46
2.4.1. El conflicto penal: víctima y victimario	46
2.4.2. Tipos de conflicto penales	47
2.4.3. El rol de la mediación penal en la solución del conflicto	48
2.5. El papel del Estado dentro de la mediación	50
2.6. Delito y bienes jurídicos dentro de la mediación penal	51

2.6.1. El delito	51
2.6.2. Bienes jurídicos en el Derecho Penal	54
2.6.2.1. Justificación de los bienes jurídicos en el Derecho Penal	56
2.6.2.2. Disposición de los bienes jurídicos en el Derecho Penal	58
 Capítulo III. Aplicación de la mediación penal	 62
3.1. ¿Existe Mediación Penal en Ecuador?	60
3.2. Legislación comparada	65
3.2.1. Procedimiento	68
3.2.2. Efectos de la Mediación	69
3.3. Mediación Penal en cifras mundiales	70
3.4. La mediación preprocesal en nuestro sistema, como mecanismo de justicia restaurativa	71
 Conclusiones	 75
 Bibliografía	 78
 Anexo	 83

INTRODUCCIÓN

La congestión judicial, como problema clásico de los Estados, se ve potenciado en una sociedad que no encuentra respuesta a sus reclamos en los diferentes órganos de administración de justicia. El hecho que dicha justicia en algunos casos no actúe como debería, hace que la administración de la misma deje de ser el medio por el cual se busca ejercer los derechos y se convierta en una vía a la cual se acude más por necesidad que por eficiencia. Sin embargo, no es menos cierto que circunstancias exógenas al tema estrictamente jurídico, pueden incidir en un correcto funcionamiento de la administración de la justicia, como es el caso, del importante número de causas que día a día se siguen acumulando por un ineficiente manejo de recursos por parte de la administración de justicia, generándose por tanto un preocupante grado de dilación y lentitud en la decisión de disputas que fácilmente podrían ser despachadas con el uso de medios alternativos de solución de conflictos.

A pesar de que la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en la actualidad es una realidad efectiva, habrá que decir que los mismos son usados para temas civiles y comerciales principalmente, con lo que prácticamente no se da cabida a que otras áreas del derecho puedan tener acceso a los mismos, como es el caso de los conflictos

penales de menor gravedad, que a pesar de poder ser resueltos mediante procesos extrajudiciales lícitos, se los sigue “solucionando” por la vía judicial, que como quedo dicho anteriormente, poco o nada pueden hacer por la cantidad de procesos acumulados y la ineficiencia que esta misma circunstancia genera. Aunque se ha intentado cambiar la realidad antes expuesta, mediante la creación de más juzgados dicho objetivo no se ha cumplido, como bien lo exponen los múltiples estudios realizados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de Projusticia¹, que demuestran que el aumento de juzgados y jueces no solucionaron y probablemente no solucionará los problemas que padece la administración de justicia.

En este sentido es que el presente trabajo intenta mostrar que, la ineficacia que ha causado el apostar por el proceso judicial como principal y casi único modo de solución de conflictos, en materia penal, puede subsanarse a través de la implementación de la mediación penal.

Es así que el presente documento, presenta en el Primer Capítulo, un recuento sobre el origen de los Métodos Alternativos de solución de controversias a nivel mundial y nacional, del mismo modo se realizará un estudio minucioso de los diferentes tipos de métodos existentes, como son la negociación, el arbitraje y la mediación como aquellas atribuciones, alternativas al sistema judicial oficial, que permiten la solución privada de los conflictos. Además se explicará la evolución normativa que los MASC han tenido en nuestra legislación; y como su implementación ha beneficiado a otras áreas que bien pueden incorporarse al sistema penal. Permittiéndonos detectar en lo socio-cultural una excelente alternativa para resolver de manera pacífica y sencilla cualquier disputa que se presente; atacando el latente problema de saturación de causas. Concluimos que luego de hacer un estudio general acerca de lo qué son los métodos alternativos de resolución de conflictos, es destacable su importancia, sobretodo en una sociedad minada de problemas

¹Projusticia: Línea de base de la producción judicial- Aspectos cuantitativos. Disponible en: http://www.projusticia.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=150%3Amodernizaci3n-y-fortalecimiento-de-la-administraci3n-de-la-justicia&catid=57%3Apublicaciones&Itemid=43&lang=es, consultado en: enero 2011.

de todo tipo, en la cual el acceso a la justicia se hace sumamente difícil por razones de comodidad, economía e incluso moralidad.

Posteriormente, en el Segundo Capítulo, se explicará y se definirá lo qué es la Mediación Penal, así como sus características generales. Así mismo, se presenta un importante análisis acerca de los principios que regirán dicho instituto; los tipos de delitos que se incorporarán al régimen reparatorio; la forma de abordaje del conflicto; la institución u organismo que llevará a cabo el proceso; el perfil del mediador; el control y seguimiento del acuerdo, entre otros. De igual manera, se encontrará un estudio sobre los bienes jurídicos y su función ante el poder punitivo del Estado. Todos estos elementos nos permiten perfilar a la institución para que sea incorporada dentro de nuestro sistema penal; y como veremos permitirá el resarcimiento del daño que pocas veces se obtiene a pesar de una sentencia condenatoria.

Finalmente, en el Tercer Capítulo se reafirmará que a través de la reforma normativa y ciertos elementos sociales la mediación penal es totalmente aplicable y de necesaria implementación dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Demostrando que las instituciones que ofrece el código de procedimiento penal vigente no son opciones determinantes al momento de atacar el problema de administración de justicia; situación que sí se alcanzará al implementar la mediación penal.

En definitiva, el presente documento en su totalidad pretende demostrar que la implementación de la mediación penal sirve como herramienta para atacar los actuales problemas de la administración de justicia. Sabiendo que las actuales instituciones que ofrece el sistema para tratar el conflicto son inoperantes e ineficientes pues su diseño no responde a las necesidades económicas, sociales y hasta políticas que demanda actualmente la sociedad ecuatoriana.

CAPÍTULO I

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LA CRISIS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1.1 Generalidades

Los métodos no tradicionales de justicia son conocidos también como métodos alternativos de solución de conflictos (MASC). Diversas expresiones se emplean para explicar este concepto como por ejemplo, se le ha definido como tratamiento alternativo de resolución de conflictos, mecanismos alternativos de tratamiento de conflictos, medios alternativos de solución de conflictos, justicia informal, justicia comunitaria, entre otros. Todos estos términos se emplean en la mayoría de los países de Latinoamérica, con el fin de establecer fórmulas que permitan una diferenciación con la justicia ordinaria.

Respecto al tema, ÁLVAREZ¹ propone una definición negativa al decir que “se incluye bajo este nombre toda forma de resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto”. De lo cual podemos

1 G. ÁLVAREZ. *Los métodos alternativos de resolución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas*. Ponencia de la conferencia internacional “Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo”, celebrada en Bogotá del 28 al 31 de julio de 1998. Publicado en *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*. Alfredo Fuentes Hernández (ed.), Bogotá, 1999, p. 333.

deducir que los mecanismos alternativos de solución de conflictos se encuentran ligados a conceptos como el acceso a la justicia por tratarse de fórmulas que permiten acceder al sistema de juzgamiento de una conducta pero excluidos de las instancias ordinarias o tradicionales.

1.2. Enfoque Histórico de los Métodos Alternativos de Solución de Conflicto

1.2.1 Antecedentes Históricos Generales

La Historia indica que las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos entre hombres fueron producto de sus propias decisiones, como señala RICOURT², ya porque aplicaban la ley del más fuerte, o bien porque convenía una pauta de acercamiento que evitaba profundizar la crisis; en ambos casos se partía del enfrentamiento individual, sin la intervención de terceros involucrados, y si eventualmente existía uno, este compartía el interés de uno de los contradictores.

Para este mismo autor

La “Ley del Talión” fue un avance... al impedir que sólo la fuerza brutal fuera la causa motivante de la justicia, logrando una satisfacción equivalente al perjuicio sufrido, aun cuando sea cierto que permanecía la idea de utilizar la bestialidad como vía generadora de pacificaciones. La organización de la familia trajo consigo una inteligencia diferente. La armonía de la convivencia, la interrelación y los efectos, permitieron valorar adecuadamente la conveniencia de implementar una sociedad sin perturbaciones.

Es de esta manera que la familia cobró tal relevancia (el patriarca con sus consejos, el culto a la sabiduría de la ancianidad, el respeto por el padre o cabeza de familia, la misma relación parental y los vínculos provenientes de la amistad), que sugirieron nuevas formas de conciliación y avenimiento, pues cada uno en su ocasión y destino procuraba no afectar la vida en comunión; sin embargo, la armonía es a veces interrumpida y no se

² A. RICOURT GÓMEZ; y, J. PROSCOPIO PÉREZ, *Introducción A La Resolución Alternativa De Disputas*, R. LI ROSI Coordinador *Resolución Alternativo de Disputas*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2001, pp. 17-18.

puede retornar a ella de forma natural, es por esto que la causa o motivo de la contienda era sometida al juicio de un tercero, que según su leal saber y entender (*ex aequo et bono*) perseguía resolver la diferencia. Esta autoridad que en aquellas épocas era exclusivamente moral, pero fue desapareciendo, ya que, la sociedad continuó desarrollándose en centros aislados que impedían la uniformidad de conceptos³. Es por ello que RICOURT⁴ sostiene que, los jueces son auténticos inspiradores del alma del pueblo, como lo denominan las Leyes de Partidas con gran vehemencia.

La jurisdicción, elemento técnico, se la entiende como la depositaria de la confianza pública, organiza un sistema de enjuiciamiento diferente del conocido. Cada uno de esos métodos fue evolucionando, se crearon códigos, se perfeccionaron las instituciones y hasta se descubrirá con el tiempo, una ciencia encargada de explicar la fisonomía y dogmática de los procedimientos. Es así que fueron apareciendo más técnicas y siendo más formales las sistematizaciones procesales, situación que empeoró posteriormente, alejando al proceso de sus finalidades primordiales, consagrando un esquema escrito mortificante e insidioso con las necesidades comunes del hombre.

Dentro de la historia contemporánea los MASC tienen su origen, en los Estados Unidos de América, a partir de una Conferencia convocada en abril de 1976 por Warren E. Burger, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se conmemoró el discurso de E. POUND⁵ sobre “Las causas de la insatisfacción popular de la administración de Justicia en Saint Paul Minnesota”. A partir de este evento surgieron grandes ideas para dotar de alternativas adicionales al tratamiento tradicional de los conflictos.⁶

Los MASC, como mecanismo básico, tienen más de dos décadas en los Estados Unidos, larga trayectoria en China, con ciertas variantes en Francia, Inglaterra, Noruega,

³ Cfr. A. RICOURT GÓMEZ; y, J. PROSCOPIO PÉREZ *Introducción A La Resolución Alternativa De Disputas*, R. LI ROSI Coordinador *Resolución Alternativa de Disputas*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2001, p. 18.

⁴ Cfr. A. RICOURT GÓMEZ; y, J. PROSCOPIO PÉREZ, “*Introducción A La Resolución...*”, op. cit., p. 20.

⁵ Jurista y pensador estadounidense, considerado uno de los máximos exponentes norteamericanos en el campo de la Filosofía del Derecho; disponible en: http://www.biografiasyvidas.com/biografia/p/pound_roscoe.htm, consultado: 14/10/2010.

⁶ J. VINTIMILLA, y, S. ANDRADE, *Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria*, CIDES Unión Europea, Programa Andino de Derechos Humanos y Democracia 2002-2005, p. 10.

Nueva Zelanda, Canadá entre otros. En Latinoamérica es Colombia uno de los primeros países que comenzó a trabajar en este campo alrededor de 1983 y hoy es uno de los más avanzados, al menos en el sector privado y con relación al arbitraje comercial⁷.

Ecuador no podía alejarse de esta tendencia por lo que se vio obligado a incorporar como una política en la administración de justicia. Como trataremos a continuación, dentro de los MASC se incluyen fórmulas variadas como la mediación, el arbitraje, la conciliación, la conciliación en equidad, la negociación, la consulta y diferentes fórmulas de de justicia tradicional indígena.

1.2.2. Principales Métodos de Resolución de Conflictos

1.2.2.1. Negociación

El primer elemento que analizaremos es el origen de la negociación en la acción humana. Para ello debemos partir de dos premisas fundamentales: 1) el ser humano es un ser libre, y al ser libre es capaz de elegir por qué cosas se interesa, y por tanto es capaz de elegir los medios a través de los cuales consigue sus intereses; 2) el ser humano es un ser sociable, y en la convivencia con seres similares a él se encuentra con la diversidad de intereses de cada individuo particular.

Si analizamos las premisas anteriores descubriremos que en la mezcla de estas dos, se gesta la necesidad de la negociación: el ser humano, para llevar a cabo la gestión de sus intereses se confronta con otros intereses que, en algún caso son similares, y que en otros serán distintos e incluso contrarios a los que él posee⁸.

Es en este ámbito, cuando existe la confrontación, es en donde aparecen las condiciones para que exista negociación. La esencia de la negociación consiste en la posibilidad de la integración de intereses confrontados, por tanto, podemos decir que, la negociación es de carácter originario y fundamental en el desenvolvimiento y desarrollo de la vida en sociedad ya que constantemente nos enfrentamos a un mundo en el que

⁷ E. HIGTON, y G. ÁLVAREZ. *Mediación para Resolver Conflictos*, AD-Hoc. 2da. Ed., Buenos Aires, 1998, p. 143.

⁸ Cfr. A. RICOURT GÓMEZ; y, J. PROSCOPIO “*Introducción a la Resolución Alternativa de Disputas...*”, op. cit., p. 35.

ordinariamente tendremos que negociar, pues existe una diversidad de intereses en continua convivencia que deben ser consensuados.

Sobre la base de lo antes dicho, debemos detenernos a pensar en la relación existente entre negociación y el ejercicio profesional del derecho, donde usualmente asumiendo el rol de Abogados tendemos a caer en el error de pensar que somos negociadores por el simple hecho de acudir a las audiencias de conciliación o llegar un acuerdo con la contraparte sin embargo, esto no necesariamente implica negociar.

Es por ello importante conocer que, la negociación se define como,

[La] ciencia y arte de procurar un acuerdo entre dos o más partes interdependientes, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán más si trabajan juntos que si se mantienen enfrentados; buscando una salida mejor a través de una decidida acción conjunta en lugar de recurrir a algún otro método.⁹

La difusión que ha tenido la negociación en la actualidad, se debe en gran parte al método creado por la Escuela de Negociación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (*Harvard Negotiation Program*) a través del profesor Roger Fisher quien en su obra “*The seven Element of Principled Negotiation*” (Los siete elementos de la negociación según principios), señala que una negociación debe entablarse dentro de los siguientes pilares:¹⁰

1. Intereses: se requiere identificar aquellos que da razón de ser a la posición; el por qué y el para qué está pretendiéndose lo que manifiesta. En esta tarea, es fundamental no sólo hace conscientes los propios sino intentar conocer los de la otra parte.
2. Alternativas: plantear las opciones o caminos que la otra parte tiene para lograr la satisfacción de su interés fuera de la mesa de negociación. Tratar de mejorar las propias a través del conocimiento de las necesidades de la contra parte de tal manera que estas resulten más atractivas.
3. Opciones: no desechar las alternativas porque a simple vista puedan presentarse como ilógicas o inconvenientes.
4. Legitimidad: utilización de criterios objetivos de razonabilidad o referencias externas que sirvan de soporte a las propuestas que conlleven a un acuerdo.

9 R. CAVAINO, M. GOBBI, y; R. PADILLA, *Negociación y Mediación – Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*, Ad – Hoc, Buenos Aires, p. 149.

10 Cfr. W. URY, R. FISHER; y, B. PATTON, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin Books, 1991 Citado por R. CAVAINO, M. GOBBI, y; R. PADILLA. *Negociación y Mediación – Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 169.

5. Compromisos: las opciones deben estar rodeados de planteamientos claros prácticos y que garanticen el cumplimiento del acuerdo. Esto implica la viabilidad de la opción, así como que elementos las partes pueden otorgarle para asegurar su cumplimiento.
6. Comunicación: comunicación fluida entre las partes, de tal manera que se pueda recabar información sobre sus intereses, clarificar percepciones y en definitiva lograr un acuerdo definitivo.
7. Relación: trabajo conjunto en la búsqueda del acuerdo puede generar un clima que favorezca el establecimiento y el mantenimiento de lazos en el futuro. A si no se llegue a un acuerdo por lo menos debe lograrse el mejoramiento del vínculo que origino el conflicto.¹¹

En definitiva la negociación presentada por Fisher rompe el esquema tradicional ganar-perder que implicaba que una de las partes ceda y acepte el planteamiento propuesto y defendido por la contraparte. Al contrario Fisher implementa un método que permita ele ganar – ganar el cual busca una solución a través de la optimización de las alternativas que surgen de la comunicación de ideas de las partes, de tal manera que se construye una solución viable que sea satisfactoria para los intervinientes.¹²

1.2.2.2. Arbitraje

El Arbitraje fue conocido en las culturas Hebrea y China, pero donde adquirió mayor relevancia fue en el Derecho Romano a partir de la Ley de las XXII Tablas, donde se establece un procedimiento en el cual se cuenta con la intervención de un magistrado que tenía la misión de impedir el ejercicio de la justicia privada que se realizaba mediante acuerdos entre las partes. FELDSTEIN DE CÁRDENAS¹³ detalla el proceso de la siguiente manera:

... [L]a definición del litigio y/o controversia se otorgaba siempre a través de un acto inicial de parte. La decisión de la controversia no estaba encomendada a un órgano jurisdiccional sino a un órgano privado que las partes elegían, quienes se obligaban a acatar la decisión en base a un contrato arbitral denominado "*litis*

¹¹ R. CAVAINO, M. GOBBI, y; R. PADILLA, *Negociación y Mediación – Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*, Ad – Hoc, Buenos Aires, p. 150.

¹² Cfr. W, URY, R, FISHER; Y, B. PATTON, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin Books, 1991 Citado por R, CAVAINO, M, GOBBI, y; R, PADILLA. *Negociación y Mediación – Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 171.

¹³ Cfr. S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS; y H. DE HERBÓN, *El arbitraje*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 38.

contestatio". Durante el Imperio, el procedimiento extraordinario, *Extraordinaria Comitio* sustituye al *ordo iudiciorum privatorum*, dándose un cambio fundamental ya que a través del nuevo procedimiento estaba fundado en el "*imperium del magistrado*" que era competente para evaluar las alegaciones y emitir el fallo.

Avanzado en la historia la misma autora nos dice que en el siglo XIX en España, el Arbitraje fue reconocido en la Carta de 1812, recibiendo poderosa influencia de la Constitución Francesa de 1791. En 1953 se dicta la Ley de Arbitraje que fue considerada limitada, pero respondía a la época política y económica. En 1988 se dicta la Ley 36 que se caracteriza por ser amplia, en la cual se reconoce al Arbitraje Institucional, hay equiparación entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitrales.¹⁴

De igual manera en Inglaterra, la figura denominada *Arbitration Act* de 1950 ha sufrido modificaciones en 1966 y 1975. Fundamentalmente está referida a que se limitó la competencia de la *High Court* para anular los laudos por error de hecho o de derecho, manteniendo la atribución de confirmar, modificar, o anular el laudo o de reenviar el laudo al examen de árbitros sobre el razonamiento del derecho que hace al fundamento de la apelación.¹⁵

Actualmente se concibe al arbitraje como un método de resolución de conflictos tradicional y de carácter adversarial, y con esto nos referimos al hecho de que necesariamente debe existir un tercero neutral que decida la cuestión planteada, siendo su decisión obligatoria. En consecuencia las partes convierten en contendientes a efectos de lograr un laudo favorable a su posición¹⁶.

Los principios rectores del arbitraje son los mismos que la justicia tradicional, siendo estos, celeridad, sencillez y economía procesal; por su similitud, el sector empresarial suele preferir los MASC porque además cuentan con el beneficio adicional de que su costo es inferior al de la justicia ordinaria. De igual manera presenta la ventaja de que a lo largo de su desarrollo los métodos alternativos y más aun el arbitraje, cumple con todos los principios antes mencionados, de tal manera que, se hace efectivo el derecho al

¹⁴ Cfr. S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS; y H. DE HERBÓN, "*El arbitraje...*" op. cit., p. 39.

¹⁵ Ibidem, pp. 43-45.

¹⁶ E. HIGTON, y G. ÁLVAREZ. "*Mediación para Resolver Conflictos...*", op. cit., p. 143.

acceso a la justicia, a la justa reparación de daños y da paso a un adecuado sistema de reclamación mediante procedimientos rápidos, eficaces y transparentes.

El Arbitraje en el Ecuador puede ser utilizado por personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir. Las entidades del sector público deben cumplir con requisitos especiales para someterse al arbitraje¹⁷ incluyendo la renuncia a la jurisdicción ordinaria la cual debe encontrarse expresamente estipulada dentro del convenio arbitral.

Entendemos por convenio arbitral, el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El mismo debe ser hecho por escrito como parte integrante del contrato principal o como documento adicional que obligatoriamente deberá contener el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico al que se refiere. La nulidad de un contrato no afectara la vigencia del convenio arbitral.¹⁸

A más del convenio arbitral ya analizado se podrá someter un caso al arbitraje cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. En consecuencia la suscripción del convenio arbitral obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria; es decir, al optar por el proceso arbitral las partes deben acatar el laudo como si este fuese una sentencia de última instancia a la cual no se le pueden presentar más recursos que los estrictamente permitidos por ley.

También puede darse la renuncia del convenio arbitral de mutuo acuerdo que debe constar por escrito, en cuyo caso cualquiera de las partes puede acudir con su reclamo al órgano judicial competente; sin embargo, debe tenerse en cuenta que si se presenta una

17 Para que se admita el arbitraje en las entidades públicas deben haberse cumplido los siguientes requisitos: 1. Haber pactado un convenio arbitral con anterioridad al surgimiento de la controversia; en la cual deberá señalarse la forma de selección de los árbitros. 2. Este convenio arbitral deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución. 3. La relación jurídica que genera el convenio deberá ser de carácter contractual. 4. De no existir convenio arbitral previo a la controversia la entidad pública deberá solicitar un dictamen del Procurador General del Estado el que deberá ser obligatoriamente cumplido.

¹⁸ Cfr. E. SALGADO, *El Arbitraje. La justicia Alternativa*, DISTRILIB, 2da. ed., Guayaquil, 2007, p. 103.

demanda ante un órgano judicial y el demandado no se opone la excepción de la existencia de un convenio arbitral, se entiende que se ha renunciado tácitamente a dicho convenio. Caso contrario si se propone tal excepción el juez deberá sustanciar y resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días siguientes de la notificación. De justificarse la excepción y aceptada por el juez este dispondrá el archivo de la causa tramitada ante él; caso contrario, el juicio continuará ante su autoridad bajo el procedimiento establecido en la justicia ordinaria para ese tipo de casos.

1.2.2.3 Mediación

A lo largo de la historia de la humanidad se pueden documentar variadas formas de afrontar los conflictos internos y externos en el seno de las comunidades, fuera de los cauces del uso legítimo o ilegítimo de la violencia, y de manera alternativa o complementaria de un sistema judicial punitivo y reglado. En cada continente, país, región, comunidad local o asociativa, podemos encontrar fórmulas propias de resolución de conflictos (como lo vimos oportunamente manifestado en las diversas etapas de la historia ecuatoriana) adecuadas a su estado de desarrollo material y a su sistema de creencias.

GARCÍA VILLALENGUA¹⁹ enseña que las sociedades orgánicas poseían, a grandes rasgos, similares mecanismos comunales y personales de mediación en caso de conflicto entre sus miembros, propios de mentalidades sociales vinculadas a la tierra, al trabajo y a la familia. “Estos cuerpos sociales intermedios dictaban normas consuetudinarias, recogidas más tarde en textos jurídicos organicistas, que establecían los medios para mantener la armonía y la jerarquía interna en sociedades fuertemente cerradas a los cambios y estables en su composición. La costumbre, la armonía y la tradición eran los criterios a seguir”.

El mismo autor manifiesta que desde la China Imperial a la civilización grecolatina, encontramos experiencias mediadoras tradicionales, “sociedades orgánicas” bajo la ley de la tradición y la idea de jerarquía social. En el continente asiático, por ejemplo,

¹⁹ Cfr. GARCÍA VILLALENGUA, *Mediación en conflictos familiares*, Reus, Madrid, 2006, pp. 169-311.

“[L]as costumbres japonesas hacían del líder comarcal el mediador en las disputas formales; en China, se consagró como tradición milenaria, recopilada por Confucio, la resolución del conflicto a través de la persuasión moral (heredada con rasgos comunistas en los actuales Comités Populares de Conciliación). En África aún persisten amplias zonas donde rige una justicia mediadora de tintes tribales, donde la Asambleas comunales o vecinales median en los conflictos entre los miembros de una comunidad, en gran medida determinadas por los extensos círculos de parentesco. En Europa, las cofradías romanas y los gremios medievales fueron espacios laborales donde se solucionaban o encauzaban problemas propios de unas sociedades donde sus miembros eran situados por su lugar en la jerarquía en la producción, en el trabajo.”²⁰

América tampoco quedó rezagada de este proceso, es por ello que también encontramos viejos procesos de resolución autónoma y comunitaria aun vigentes. Como señala FERNÁNDEZ,²¹ en Sudamérica subsisten tradiciones conciliadoras de origen precolombino en los mapuches chilenos o en comunidades aymaras; y en Norteamérica encontramos organismos de resolución de conflictos (agrarios, vecinales, familiares), propios de comunidades de origen europeo, como los primeros colonos evangélicos (baptistas, puritanos, cuáqueros) o como los posteriores inmigrantes judíos.

DOMÉNICO DE NAPOLI²² señalaba que en todas estas “sociedades orgánicas”, la resolución de los conflictos se realizaba en el seno de la misma, con organismos mediadores compuestos por sus miembros, con el papel central de la familia tradicional como modelo de armonía y medio de apoyo. Así, los conflictos se encontraban sometidos al imperativo de la moral y de la jerarquía. “En una sociedad orgánica –sostiene el autor- la economía y la tecnología deberán quedar subordinadas a la visión trascendente de la existencia humana. La creación de cuerpos intermedios, como la corporación, que reúne a todos los participantes en una misma actividad económica, puede constituir, el punto de enlace entre la autoridad del Estado y la libertad del individuo. Por lo tanto,

²⁰ GARCÍA VILLALENGUA, *Mediación en conflictos familiares*, Reus, Madrid, 2006, p. 300.

²¹ S. FERNÁNDEZ RIQUELME, *La Mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/07/sfr.htm, consultado: 15/10/2010.

²² D. DE NAPOLI, *El corporativismo en Italia: aspectos Históricos y doctrina*, Revista de Estudios Políticos, n° 206-207, Madrid, 1977 pp. 325-336. Citado por S. FERNÁNDEZ RIQUELME, *La Mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/07/sfr.htm, consultado: 15/10/2010.

La mediación en estas sociedades tradicionales partía así de un principio esencial: la sociedad era una “realidad dada en la que algunos hombres excepcionales pueden introducir innovaciones progresivas” que “se estructura y desarrolla orgánicamente y no es susceptible de una brusca reordenación voluntarista”; ésta evolucionaba según las creaciones racionales y progresivas de la elite política y social y donde el individuo poseía una posición central como miembro de los cuerpos naturales e intermedios, al que representa en sus intereses comunes.²³

HIGHTON²⁴ nos dice que la mediación es el procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo estructurado para facilitar la comunicación entre los contrarios, con lo que las partes pueden voluntariamente evitar el sometimiento a un largo proceso judicial²⁵, pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial.

Por lo tanto el mediador, es elegido por las partes de común acuerdo; y, sobre él descansa la responsabilidad de encauzar el conflicto hacia una solución mutuamente satisfactoria. Esto cumple con el principio de autodeterminación de las partes, lo que implica que el trabajo conjunto de las partes será la que permita arribar a un acuerdo, que dependerá en definitiva de su voluntad. Sin embargo, generalmente de manera indirecta se delega la dirección del proceso al mediador; aunque no puede imponer ninguna solución, pero coordina y ordena las actividades de las partes. Otra manifestación de la autodeterminación como señala CAIVANO²⁶ se manifiesta en la terminación inmediata del proceso de mediación, cuando una de las partes exprese su intención de no continuar con el mismo.

La informalidad es una de las características más notables de la mediación, dice CAIVANO,²⁷ con esto se refiere a que no existen pautas rígidas que se deban seguir, ni plazos estrictos que cumplir. Esto con el propósito de cumplir con el objetivo de

²³ GARCÍA VILLALENGUA, “*Mediación en conflictos familiares...*”, op. cit., p. 308.

²⁴ E. HIGTON, y G. ÁLVAREZ, “*Mediación para Resolver Conflictos...*”, op. cit., p. 143.

²⁵ El Proceso Judicial implica un desgaste económico y emocional.

²⁶ Cfr. R. CAVAINO, ROQUE; M. GOBBI, y; R. PADILLA. *Negociación y Mediación – Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*. Ad – Hoc. Buenos Aires, p. 210.

²⁷ *Ibíd*em, p. 210.

estructurar un diálogo positivo y civilizado entre las partes y las que deriven de las técnicas implementadas por el mediador.

ÁLVAREZ²⁸ nos detalla un procedimiento típico de mediación que se explica a continuación:

- i. Preparación de la mediación: proporcionar al mediador todos aquellos documentos que permitan al mediador construir el caso; estos elementos no integran el expediente judicial por tanto al final del procedimiento de mediación son devueltos a las partes.
- ii. Local: en las inmediaciones del centro de mediación, en el edificio judicial y los lugares autorizados para realizar esta actividad.
- iii. Sesión Conjunta Inicial: serie de reuniones conjuntas y separadas del ente el mediador y las partes. En la sesión inicial se hace la presentación del caso y se realizan preguntas abiertas que clarifiquen posiciones e intereses.
- iv. Sesiones privadas iniciales: El mediador se reúne por separado con cada parte y el abogado de esta para ayudarlo a identificar sus intereses y sopesarlos.
- v. Sesiones conjuntas y privados subsiguientes: se ayuda a las partes a desarrollar opciones y propuestas alternativas que puedan resultar en un acuerdo mutuo aceptable.
- vi. Finalización del procedimiento: Por lo general el mediador redacta un proyecto previo de acuerdo y corre traslado a la partes para que realicen observaciones, antes de firmar el acuerdo. En caso de no llegar acuerdo el mediador procura que llegue a compromisos parciales.
- vii. Tiempo: depende del caso este puede ir de 30 a 90 días.

Ahora bien, cabe preguntarnos en qué caso son susceptibles de someterse al proceso de mediación, esta respuesta la daremos en detalle en el desarrollo de este trabajo. Sin embargo, debemos tener claro que la mediación es un procedimiento no obligatorio controlado por las partes ya que impide la imposición de una decisión a las partes, es más; aun cuando las partes hayan convenido en someter una controversia a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento tras la primera reunión si consideran que la continuación del mismo va en contra de sus intereses. Es por ello que este debe ser confidencial lo cual permite a las partes negociar de manera más libre y productiva, sin temor a la publicidad.

La mediación es un procedimiento basado en los intereses de las partes; a diferencia de un litigio ante los tribunales o en un proceso de arbitraje, el resultado de un

²⁸ Cfr. G. ÁLVAREZ; E. HIGHTON; y J. ELÍAS. *Mediación y Justicia*. Depalma. Buenos Aires, 1996, pp. 140 – 2.

caso está determinado por los hechos objeto de la controversia y el derecho aplicable. En la mediación, las partes pueden guiarse asimismo por sus intereses comerciales. Así pues, las partes pueden decidir libremente el resultado y no únicamente su conducta previa. Cuando las partes tienen en cuenta sus intereses y entablan un diálogo, la mediación suele traducirse en un acuerdo que crea más valor que el que se habría creado si no hubiese surgido la controversia en cuestión.

La mediación, entraña un riesgo mínimo para las partes y genera beneficios considerables. Es más, podría decirse que, aunque no se llegue a un acuerdo, la mediación nunca fracasa ya que permite que las partes definan los hechos y las cuestiones objeto de la controversia, preparando el terreno para procedimientos arbitrales o judiciales posteriores.

1.2.3. Antecedente Histórico en el Ecuador

La Historia nacional también nos demuestra que nuestros pueblos y comunidades contaban con mecanismos de solución de controversias; los cuales permitía llegar a acuerdos satisfactorios, que eran necesarios para mantener la vida en comunidad.

JAIME VINTIMILLA²⁹ hace un recuento de las manifestaciones de los MASC en las diferentes etapas históricas:

- i. Prehispánica: dentro de los pueblos indios los conflictos se debatían frente a los curacas o caciques, quienes ayudaban en el encuentro de soluciones. También tenían la facultad de sancionar los actos o hechos atentatorios de la paz colectiva. De igual manera los ancianos, que eran considerados sabios, debían a intervenir en la solución de conflictos familiares.
- ii. Colonial: dentro de la colonia española surgió la necesidad de dar un trato equitativo a los indígenas y por ello institucionalizó una serie de mecanismo para enfrentar los conflictos, alguno de estos fueron las encomiendas; el defensor de los naturales; el cabildo de indios, entre otros. En esta misma época los clérigos y misioneros que ocupaban América, contribuyeron con el rol de mediadores entre

²⁹ Cfr. J. VINTIMILLA, S. ANDRADE *Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria*, CIDES Unión Europea, Programa Andino de Derechos Humanos y Democracia 2002-2005, pp. 12-4.

indios, entre estos y los criollos o blancos residentes. Se podría asegurar que dentro de los cabildos existieron jueces de paz, representados por los alcaldes de la Santa Hermandad o los alcaldes o jueces pedáneos, quienes buscaban de enmendar los abusos que se cometían en lugares desiertos. El tratadista VIZCAÍNO³⁰ aporta al respecto:

...[L]os que con alguna más propiedad pueden llamarse Alcaldes Pedáneos, son los que la Real Cédula grandes, que llaman Alcaldes de Barrio; porque estos no cuidan de las cosas gubernativas, ni económicas del Pueblo, sino únicamente de las quejas verbales de poca entidad, y tienen que dar cuenta al Alcalde de su Cuartel.

Paralelamente la legislación castellana, que era de aplicación supletoria en las Indias, de aplicación en materia privada, se constata que en las Partidas de Alfonso X se regulaba el arbitraje e incluso lo divide en árbitros dichos y amigables componedores. Simultáneamente en la Recopilación de Leyes de India de 1680 y en las mismas Partidas se habla del juicio de avenimiento.

iii. República: en 1831 se adopta la Ley de Procedimientos Civiles; el 1 de enero de 1861 entra en vigencia el Código Civil, en el cual constan los denominados juicios de conciliación y arbitraje frente a los juicios contenciosos. Se mantuvieron los jueces de paz hasta las primeras décadas del siglo, sin embargo, la Asamblea Nacional de 1998 los vuelve a instituir con la finalidad de resolver problemas individuales, colectivos o comunitarios o equidad.

1.3 Enfoque Jurídico de los MASC

1.3.1 Evolución Normativa

Ecuador no pudo ser ajeno a la revolución que provocó la implementación de los MASC en el mundo. Dada su aceptación ideológica y social; su incorporación dentro de nuestra normativa se hizo necesaria.

³⁰ V. VIZCAÍNO, *Tratado de la Jurisdicción Ordinaria, para Dirección, y Guía de los Alcaldes de los Pueblos de España*, Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., con las licencias necesarias, Madrid, MDCCLXXXI, PP 11 – 12. Citado en “*Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia en el Ecuador*”, p. 14.

Tal como lo señala VINTIMILLA³¹ se ha “generado un proceso de desjudicialización”, ya que busca que los actores sociales tomen conciencia de que acudir a la justicia ordinaria, debe ser excepcional; es decir, en aquellos casos en que sea estrictamente necesario, transformando a las partes en verdaderos actores y constructores de la solución de sus diferencias y en “responsables del manejo adecuado de los servicios públicos”.

El mismo autor señala que dentro de las reformas constitucionales del año 1996 se reconoció la posibilidad de que las diferencias puedan ser resueltas mediante el uso de los MASCS, lo que implicó el otorgamiento de una validez, haciendo de estas herramientas útiles para la solución de controversias.

La actual Ley de Arbitraje y Mediación rige en el Ecuador desde hace más de una década; este texto legal que nació para atacar el problema de una justicia lenta con jueces poco eficientes. Como sabemos los juicios pueden durar un promedio de cuatro años bajo la justicia ordinaria; es por esto, que el Arbitraje y la Mediación se presentó como una alternativa válida para dirimir las controversias puestas en su consideración.

De la experiencia vivida hasta el momento, según los establece el Izurieta Mora Bowen³² se establece un promedio de seis meses para terminar un caso de mediación y arbitraje; y en menos de un mes los casos resueltos en la instancia de mediación.

Nuestra legislación procesal abre las posibilidades para que el conflicto termine por medios distintos al de la sentencia. Ejemplo de ellos constan en el Código de Procedimiento Civil³³ regula la forma y los efectos del desistimiento en los artículos 373 al 379; y la figura del allanamiento en los artículos 392 a 394.³⁴

³¹ J. VINTIMILLA, “*Los Métodos Alternativos...*”, op. cit, p. 43.

³² R. IZURIETA MORA BOWEN, Abogado Promotor de los Sistemas de Mediación y Arbitraje en el Ecuador. Arbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación en el Ecuador - CIAM - y del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano.

³³ Codificación Publicada en el Registro Oficial Suplemento N 58 de 12 de Julio de 2005.

³⁴ Cfr. E, SALGADO, *El Arbitraje. La justicia Alternativa*, DISTRILIB, 2da., ed., Guayaquil, 2007, p. 10.

Por otro lado el Código Civil³⁵, reconoce la transacción y la define como un contrato en cuya virtud las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente eventual (art. 2348), y su forma y efectos se encuentran regulados en los artículos 2349 a 2366. Finalmente el Congreso Nacional aprueba la ley de Arbitraje y Mediación³⁶ en 1997, publicada en el Registro Oficial N° 145 del 4 del mismo año. La referida ley tiene 64 artículos divididos en tres títulos. El primero regula el sistema arbitral, y lo define como un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los Tribunales de Arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversia. El título segundo regula la Mediación y lo define como el procedimiento por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto. Finalmente, en el título tercero regula lo correspondiente a la mediación comunitaria; que faculta a las comunidades indígenas y negras o afroecuatorianas, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias a establecer centros de mediación para sus miembros.³⁷

1.4. Enfoque Socio – Cultural

Una de las quejas reiteradas dentro de la población Latinoamericana, y dentro de los cuales Ecuador no es la excepción, es considerar al Poder Judicial como la cenicienta de los poderes públicos lo que provoca que se tienda al arcaísmo y que se evidencia en la lentitud e ineficiencia en la conducción de los procesos; situación que facilita la corrupción

³⁵Codificación Publicada en el Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio de 2005.

³⁶ Luego de algunas reformas, la Comisión Legislación y Codificación Nacional, promulga, la vigente Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicado en el R.O. N° 417 del jueves 14 de diciembre del 2006. Esta ley derogó la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo N° 735 de 23 de octubre de 1963, publicado en el R.O. N° 90 de 28 de octubre de 1963. Se derogó la Sección XXX del Título II del Código de Procedimiento Civil que contenía el procedimiento del Juicio Arbitral, establece los sistemas de arbitraje y mediación y dentro de ésta última la mediación comunitaria (dirigida a las comunidades indígenas, negras, organizaciones barriales y en general la comunitarias).

³⁷ Cfr. E. Salgado, “*El Arbitraje...*”, op. cit, p. 28.

y, en general, el desprestigio de la administración de justicia; sin embargo, no se puede negar la evidente importancia del sistema de administración de justicia de un país, ésta es una de las funciones sociales con mayor trascendencia que puede proporcionar un Estado, pero es de igual forma notorio las limitaciones de la acción judicial en cuanto a su efectividad y eficiencia.³⁸

Sobre la base de lo antes dicho, la justicia de hoy en día debe afrontar grandes desafíos, entre ellos responder con rapidez y flexibilidad a la reciente diversidad de conflictos jurídicos, lo que hace que la respuesta jurisdiccional tradicional sea insuficiente frente este tan amplio abanico de conflictos, siendo necesario explorar formas alternativas de resolución de conflictos, que a la de asignar responsabilidades tienden a mantener la colaboración entre las partes y a maximizar los interés en juego.³⁹

ÁLVAREZ⁴⁰ manifiesta que,

“[E]l deber del Estado de tutelar derechos amenazados de sus ciudadanos no se satisface con la sola organización de un Poder Judicial eficiente, probo, transparente, sino que ofrezcan y se apoyen también otros mecanismos de solución de controversia que puedan resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos, rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto impidan la recurrencia del conflicto, y socialmente valiosos, si posibilitan y mejoran la relación futura entre partes.”

Los MASC no deben ser vistos como un modo de “privatizar” la justicia en contra o en oposición al sistema judicial sino un modo de fortalecimiento del mismo, como ya hemos mencionado permite una mayor satisfacción.⁴¹

1.4.1 Saturación de Causas

El problema originado por la acumulación de causas dentro de la administración de justicia no es nuevo, es más ha sido tratado en reiteradas ocasiones por diversos estudios; sin embargo, no se ha logrado su resolución y en ciertas áreas tiende a agravarse.

³⁸ Cfr. C. CAIVANO; M. GOBBI; y R. PADILLA, *Negociación y Mediación Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 30.

³⁹ Cfr. P. ROCA DE ESTRADA, *Medios Alternativos a la Resolución de Conflictos. La Mediación y Reparación en Materia Penal*, Revista de Derecho Penal. Instituto de Ciencias Penales, Buenos Aires, 2001, p. 59.

⁴⁰ G. ÁLVAREZ, E. HIGHHTON, y, E. JASSAN, *Mediación y Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 12.

⁴¹ Cfr. G. ÁLVAREZ, E. HIGHHTON, y, E. JASSAN, “*Mediación...*” op. cit., p. 13.

Es evidente, sin embargo, que nuestro país está atravesando por un largo período de crisis en la administración de justicia, impidiendo que la misma no cumpla con su función primordial ya que, a pesar que la Constitución de la República reconoce en su Artículo 169 el resguardo a la vida en sociedad, establece garantía al debido proceso, a la justicia sin dilaciones, entre otros; es así que el sistema es considerado inoperante, y por ende es incapaz de reunir las aspiraciones mínimas de la sociedad.

A lo anteriormente mencionado, se puede añadir estudios realizados por instituciones como la FUNDACIÓN ESQUEL⁴² que muestran que los recursos otorgados a los órganos de justicia son insuficientes lo cual se ve reflejado en la falta de personal, infraestructura, capacitación del recurso humano, y demás elementos que se requieren para el correcto funcionamiento de la justicia. Esto implica una manifestación de la violación a los principios constitucionales, equiparable a la denegación de justicia; ya que al notar la carencia de los recursos antes mencionados, no se puede pretender que las soluciones a las controversias sean oportunas; lo que en consecuencia deriva en la ineficiencia del sistema, dejando como resultado una sensación de impunidad y de desilusión de todo sistema judicial; es por ello, que muchos usuarios terminan abandonando las causas a medio camino.

Otra de las falencias del sistema, se encuentra relacionada con el ejercicio de los profesionales del Derecho (abogado), su formación académica litigiosa y de conflicto; es decir, lamentablemente hay que reconocer que el perfil de la carrera hasta no hace mucho tiempo tendía a una educación que perpetuaba el concepto del enfrentamiento sobre la conciliación; ejemplo de ello es la poca seriedad con la que se desarrollan las audiencias de conciliación donde muy pocas veces se llegan a un acuerdo. Situación similar es lo que ocurre en la asesoría por parte de dicho profesional, cuya primera opción con generalidad es llevar el caso a instancias judiciales sobre cualquier método alternativo.

⁴² “Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal, Fondo de Justicia y Solidaridad”, Fundación Esquel – Usaid; disponible en: <http://www.esquel.org.ec/gallery/pdfs/SEGUNDA%20EVALUACION%20SISTEMA%20PROCESAL%20PENAL.pdf>, consultado el: 15/09/2010.

Con estos antecedentes queremos dejar planteado que la mediación se presentó en el mundo comercial como una nueva oportunidad para resolver los conflictos de una manera ágil, y es por ello que el interés por este método alternativo se ha incrementado considerablemente en los últimos años y precisamente se atribuye en parte a la insatisfacción con las costas, los retrasos y la duración excesiva de los litigios en ciertas jurisdicciones ordinarias. No obstante, el aumento de interés resulta también de las ventajas de la mediación, particularmente de su atractivo como procedimiento que ofrece a las partes el pleno control del procedimiento a que se somete su controversia y del resultado de ese procedimiento.⁴³

Allí donde se ha utilizado la mediación, el grado de éxito ha sido muy alto pues se ha logrado un resultado aceptable para ambas partes en una controversia. No obstante, debido a que se trata de un procedimiento relativamente poco estructurado, algunos dudan en utilizarlo por temor a no saber a qué atenerse.

La presente investigación, tiene por objeto disipar esos temores explicando simplemente las principales características y ventajas de la mediación y la forma como ésta ha dado muestras de que en la práctica resulta beneficiosa su aplicación; y a partir de esta realidad, introducir a este método alternativo de solución de conflictos como una alternativa dentro del sistema penal.

La potestad punitiva del Estado debe plantearse con una dosis de relatividad, lo cual implica que no es posible que todo conflicto social se resuelva por medio del derecho sancionatorio y que aquellos delitos que deben ser resueltos en sede penal, sean sometidos a soluciones. Como explica NEUMAN⁴⁴ los juicios penales resultan agresivos, inmisericordes y destructivos, en el sentido de que quiebran todo vínculo e implican, en el plano social, una profundización de la crisis. La observación de su desarrollo y fin sirve para observar el desapego, los presentes condicionales y otros aspectos negativos, tanto para el autor como para la víctima.

⁴³ Cfr. C. CAIVANO; M. GOBBI; Y R. PADILLA, *"Negociación..."*, op. cit., p. 47.

⁴⁴ E. NEUMAN, *Paradigmas y características Esenciales*, Mediación penal. 2da., ed., Buenos Aires, 2005, p. 102.

En un estudio realizado por Projusticia denominado “Línea de base de la producción judicial- Aspectos cuantitativos”⁴⁵- se evidencia que el punto de quiebre en la efectividad de la Función Judicial está en el ingreso masivo de causas,

“Aunque la comparación es simplemente referencial porque no se espera que una causa sea necesariamente resuelta el mismo año en el que ingresa- la conclusión del cotejo es clara: el sistema resuelve una proporción cada vez menor de las causas ingresadas.”

Encontrándonos con esta realidad, podemos concluir que la mediación encaja perfectamente como una alternativa para dar una solución rápida y efectiva al problema de causas desatendidas, debido a que se puede atacar al problema de raíz, es decir, antes de ingresar a un proceso legal formal ya que las partes estarían en la posibilidad de resolver sus diferencias sin la intervención de un juzgador.

Como hemos visto lo que propone la mediación, es un instrumento informal y rápido de solución de conflictos en el cual se intenta salvaguardar los derechos de los actores del drama penal. Como nos dice NEUMAN,⁴⁶ el objetivo es llegar a un proceso restaurativo que conduzca a la conciliación y que detenga los daños sociales colaterales que sin duda produce el delito, dentro de un marco de absoluto respeto a los derechos humanos. Esa conciliación adquiere su máxima dimensión humana y social cuando se produce un pedido de perdón o cuando, además del resarcimiento económico, aun simbólico, se ingresa en la reconciliación, siendo muchas veces más útil para las partes que el hecho de la sanción a través del ejercicio de la máquina estatal.

⁴⁵ Citado en PUERTAS RUIZ, *La mediación prejudicial obligatoria: una propuesta al país*, Novedades Jurídicas Año VII, Número 52, octubre 2010, p. 33.

⁴⁶ Cfr. E. NEUMAN, *Paradigmas y características Esenciales*, Mediación penal. 2ª ed. Buenos Aires, 2005, p. 103.

CAPÍTULO II

MEDIACIÓN PENAL

El sistema penal también se tiene que enfrentar a las serias consecuencias de la ineficiencia de la administración; así como la continua acumulación de causas generadas por la cultura litigiosa que nos rodea. Paralelamente a ello, nos encontramos con una política de gobierno que tiende a criminalizar todo acto, es decir, estamos frente a una verdadera “inflación” de prohibiciones y mandatos asistidos por la amenaza de una pena estatal, a un reclamo de endurecimiento de las penas que, de alguna manera, cumpla la función de marginar para siempre a quien haya sido atrapado por el sistema.

Muchos doctrinarios han detectado la necesidad de descongestionar las causas penales, así como devolverle el protagonismo a los involucrados dentro del proceso tal como nos dice MAIER¹:

¹ J. MAIER, “Prólogo”, *Resolución alternativa de conflictos penales*, Del Puertos SRL, Buenos Aires, 2000, p. I – II.

...[L]as víctimas reclaman, pues desean recuperar el protagonismo que hace medio millar de años fueron arrebatado por el mismo sistema penal.

...[E]n efecto, la pena estatal constituye el máximo desarrollo de la violencia autorizada por el orden jurídico y aplicado por funcionarios del Estado facultados para ello. Entre estos intentos, la restitución al statu quo ante (reparación) para el portador del bien jurídico agredido por el autor y la composición autor-víctima como método o procedimiento para cumplir acabadamente ese propósito, son los más claros exponentes de la pretensión renovada por humanizar el sistema penal, pretensión que en sí es tan antigua como la aparición en el mundo de la pena estatal.

Lo que introduce este autor se remonta a los inicios de la civilización donde el hombre tenía el control de reparar lo que lo afectaba directamente, buscar el restablecimiento de aquellos actos que perjudicaban su círculo y sus intereses.

Ciertamente esto no implica el regresar a la Ley del Tali3n, pero si permitir que las partes tengan un apoderamiento del proceso lo cual, implica que se revalorice el papel de la v3ctima, otorg3ndole al sujeto la capacidad de interactuar con aquel que ha sido su ofensor. As3 como lo se3ala LEWIS² el sistema actual es insuficiente para satisfacer las necesidades de los usuarios de la administraci3n de justicia.

Nuestro sistema penal actual, en el cual el Estado “adquiere” o “se apropia” del conflicto engendrado entre los miembros de las sociedad, no cumple muchas veces con las expectativas de los sujetos del delito, encontr3ndose saturado debido a la falta de sistemas de resoluci3n r3pida y eficaz del conflicto, que contribuyan a descomprimir la cantidad de causas que tramitan ante los tribunales.

Ahora bien, paralelamente a lo antes dicho debemos mencionar dos obst3culos que generalmente se hacen presentes al momento de pretender la inserci3n de nuevas instituciones, en el caso concreto al momento de proponer la implementaci3n de la mediaci3n en el sistema penal.

El primero se relaciona con el sistema normativo vigente debido a que se deben introducir reformas que permitan la implementaci3n de la mediaci3n penal; y el segundo se relaciona con la implementaci3n directa en cuanto a la aceptaci3n por parte de la sociedad de esta instituci3n.

² M. LEWIS, “Principios de Legalidad y Oportunidad en la Mediaci3n Penal”, *Mediaci3n Penal: Reparaci3n como tercera v3a en el sistema penal juvenil*, LexisNexis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 113.

A lo largo de este trabajo se procurará contribuir con las ideas y argumentos necesarios para dar la oportunidad a la mediación para que actúe como camino para superar algunos de los problemas que enfrenta la justicia en nuestros días.

El Estado compelido por el principio de legalidad, intenta perseguir todos los delitos sin conseguir reprimir los más importantes, dejando claro que el Estado ha monopolizado el conflicto aunque las partes tuviesen deseos de conciliar. Este trabajo se propone reflexionar acerca de la posibilidad de aplicar la mediación a las cuestiones penales.

2.1 Caracterización

Haciendo un recuento de lo que habíamos previamente establecido sobre la mediación, traemos a colación lo que señala JAEF³ sobre este tema opina que la mediación,

...básicamente consiste en un sistema voluntario de resolución de conflictos en el cual las partes se presenta ante un tercero ‘imparcial’ e independiente, que no tiene el “*coertio*”⁴ y que tras convocar a otra parte, que voluntariamente puede concurrir, intenta, que ambas partes por sí mismas solucionen sus conflictos.

El mismo autor nos menciona que la finalidad de una mediación “es transformar los conflictos en algo útil, por tanto, es necesario manejarlos de modo oportuno, hacer cargo sin querer curar, en este caso sin que medie la intervención de un juzgador”⁵. Recordemos que la palabra “mediación (del latín tardío *mediare*⁶, dividir, abrir al medio) indica, justamente, un proceso enfocado a hacer evolucionar dinámicamente una situación problemática, y, abrir canales de comunicación que se habían bloqueado”.

2.2. Notas Distintivas

³ V. JAEF, *Medios Alternativas a la Resolución de Conflictos* en Roca de Estrada, op. cit. p. 538.

⁴Coertio: es la acción de dominar un desorden. Derecho de impedir que vayan contra sus deberes las personas sometidas a subordinación de quien manda o dirige. En: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II: C. 30ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 224.

⁵ V. JAEF, *Medios Alternativas a la Resolución de Conflictos* Roca de Estrada, op. cit. p. 538

⁶ A. CERETTI. *Mediación Penal y Justicia en-contar una norma. Justicia reparadora: mediación penal y probation*. 1era, ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 112.

Luego de la visión ampliada que hemos presentado, es momento de insertarnos en ciertos puntos característicos de la mediación, teniendo claro que esta hace énfasis en el futuro pues no trata de juzgar sobre un pasado errado, tal y como lo presenta HIGHTON⁷ la mediación presenta diversas ventajas y particularidades:

- i. Rápida: el proceso de la mediación puede terminarse en pocas semanas de iniciado el conflicto, en el mejor de los casos puede durar una audiencia. Lo que combate directamente el grave inconveniente que enfrenta el mundo en la tardanza por la espera de una sentencia.
- ii. Confidencial: el deber primordial de un mediador es preservar el secreto de todo lo que se le ha revelado en la o las audiencias. Las partes deben estar seguras que en caso que falle la mediación y deban recurrir a un tribunal nada de lo que se diga será usado en su contra. Esta confidencialidad implica, al contrario del sistema formal, la no publicación y no exponer a las partes a los medios masivos de comunicación.
- iii. Económica: Los servicios se dan a cambio de contribuciones mínimas, especialmente si se las relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de tribunales formales.
- iv. Justa: la solución a toda controversia se adapta a las necesidades comunes de ambas partes, pues son ellas las que la encuentran.
- v. Exitosa: una vez que el programa se pone en marcha, de acuerdo a la experiencia de países que han implementado la mediación, el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.
- vi. Puede ser solicitada u ofrecida: alguna o ambas partes pueden acudir a un tercero que medie entre ellas para lograr zanjar la disputa. También puede darse el caso que la iniciativa nazca de un tercero que pretende coadyuvar a que la cuestión suscitada se soluciones pacíficamente.
- vii. Según el número de mediadores puede ser singular o colectiva: llamada ésta co-mediación por que participan de forma multidisciplinaria.

No está demás clarificar que otros autores señalan otras tantas características, sin embargo, las antes mencionadas recogen los puntos trascendentales: por tanto valiéndonos de estas características debemos aclarar que la mediación en materia penal es una forma de gestionar el conflicto, en la cual el “mediador, actúa como facilitador de la decisión de las partes, desde su rol neutral”⁸.

2.3. Elementos de la mediación

La mediación tiene elementos subjetivos y objetivos.

⁷ E. HIGHTON, y G. ÁLVAREZ, “*Mediación para resolver conflictos...*”, op. cit., pp. 198-199.

⁸ T. DEL VAL, *Mediación en materia penal: ¿la mediación previene el delito?*, 2ed., Buenos Aires, 2009, p. 60.

Los elementos subjetivos son fundamentalmente formas de apreciar la realidad, posicionamientos ideológicos, conocimientos y preparación, los intereses o relaciones personales, o bien como dice CONCHA⁹ simplemente las “situaciones emocionales en que se hallan afectarán decisivamente la manera en que entenderán la realidad en la que se desenvuelven, los conflictos que a ellos llegan y consecuentemente, las opciones que ven frente a ellos y sus decisiones”. Sin embargo, las “instituciones no tienen vida por sí mismas hasta el momento en que sujetos de carne y hueso forman parte de ellas para hacerlas funcionar¹⁰”.

Como resultado de lo antes mencionado debemos tener claro que el elemento objetivo lo componen los sujetos activos y pasivos. Entendemos por sujeto activo a la persona física o natural, que delinque o en otras palabras el que ejecuta el hecho o realiza la acción; es decir, en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto que al hacer o no hacer algo legalmente tipificado, “...debe en consecuencia, sufrir la sanción correspondiente¹¹”. Por otro lado tenemos al sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico al que se le ocasiona daño o se lesiona como consecuencia de la comisión del delito; es la persona que sufre la afectación en sus bienes jurídicamente tutelados, a consecuencia del delito. En general cualquier persona puede ser sujeto pasivo del delito, persona natural, el Estado, personas jurídicas, entre otros¹². Como veremos a continuación en todo proceso, conflicto o relación intervienen sujetos y dentro de la mediación se da una estrecha relación entre víctima y victimario que debe saber aprovechar el mediador.

2.3.1. Víctima y Ofendido

En cuanto a los orígenes de la palabra víctima, un primer intento lo conecta con la palabra latina *victus*, que significa alimento, el que debe ser sacrificado mediante el ritual.

⁹ H, CONCHA CANTÚ, y J, CABALLERO, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, citado por J. CABALLERO, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 296.

¹⁰ H, CONCHA CANTÚ, y J, CABALLERO, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, citado por J. CABALLERO, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 296.

¹¹ E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho penal Ecuatoriano Parte General*” Colección Profesional Ecuatoriana, Ediciones Legales, 3ed, Quito, p. 115.

¹² Cfr. E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho penal Ecuatoriano Parte General*” Colección Profesional Ecuatoriana, Ediciones Legales, 3ed, Quito pp. 119 - 121.

También puede tener antecedente en la palabra *vicio*, que significa atar con juncos, lo que formaba parte del ritual antes descrito, que dejaba inmovilizado para ser sacrificada –*sacrum facere*- hacer de ella una cosa sacrificada¹³.

No cabe duda que, a pesar de su significado etimológico, el concepto de víctima ha evolucionado considerablemente. Actualmente podemos encontrar diversos significados en los diccionarios entre otros encontramos que “por víctima se entiende todo aquel que sufre un mal en su persona, bienes o derechos, sin culpa suya o en mayor medida que la reacción normal frente al agresor”¹⁴.

En términos generales ese concepto nos acerca a lo que es una víctima; sin embargo, debemos ampliarlo a través de autores como MENDELSON¹⁵ que afirma “es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de un sufrimiento, determinado por factores de origen muy diversos, físico, psíquico, económico, político o social, así como el ambiente natural o técnico”. HENRY PRATT¹⁶, nos dice que “una persona es victimizada cuando cualquiera de sus derechos han sido violada por actos deliberados y maliciosos”, de tal manera que unificando estos conceptos, víctimas son aquellas personas que individual o colectivamente han sufrido daños físicos o psíquicos, pérdida financiera, patrimonial o menoscabo en sus derechos fundamentales como persona.

También son catalogados víctimas a los que sufren un menoscabo sin la intervención humana, ya sea por ataque de animales, o por casos fortuitos en los que interviene la naturaleza, como los desastres naturales. De la misma manera puede ubicarse en posición de víctimas los hechos derivados por una conducta originada por la propias victimas; por ejemplo la muerte por asfixia a causa de no apagar debidamente el gas, entre otros.

¹³ Cfr. T. DEL VAL, “*Mediación en materia penal...*”, op. cit., p. 50.

¹⁴ *Víctima*. En: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual tomo VIII: T-Z, Vol 8. CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 403.

¹⁵ B. MENDELSON, citado por JOSÉ ZAMORA GRANT, *Derecho victimal: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano* Instituto Nacional de Ciencias Penales, México DF, 2009, p. 35.

¹⁶ H. PRATT, citado por JOSÉ ZAMORA GRANT, *Derecho victimal: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano* Instituto Nacional de Ciencias Penales, México DF, 2009, p. 35.

También hay que tener presente que el Derecho procesal penal moderno incluye en el concepto de víctima a ciertos entes colectivos, en defensa de bienes jurídicos individuales que conforman su finalidad estatutaria con consentimiento de la víctima o de bienes jurídicos universales o colectivos cuya defensa constituye el objeto de la persona colectiva, al menos emerge de su finalidad estatutaria.¹⁷

En sentido estrictamente jurídico son víctimas todas las personas que por la comisión de un delito tipificado en el Código penal¹⁸ o en alguna ley especial, han sufrido un perjuicio o menoscabo, así como lo establece el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente¹⁹, la cual en el art. II define el concepto de víctima como;

la persona que ha sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social como resultado de una acción que: a) este en violación con las leyes penales nacionales; b) es un crimen catalogado bajo la ley internacional; o, c) constituye una violación a las normas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos que protegen la vida, la libertad y la seguridad nacional; o, d) I) Constituye un abuso de poder ejercido por personas que, en razón de su posición política, económica o social, ya sean oficiales políticos, agentes o empleados del Estado o entidades comerciales, estén fuera del alcance de la ley, o II) que aunque no esté realmente proscrito por las leyes nacionales o internacionales cause daños físicos o psicológicos o económicos comparables a los causados por los abusos de poder, constituyendo de esta forma un delito dentro de la ley internacional o una violación a las normas internacionalmente reconocidas de los derechos humanos y cree serias necesidades en sus víctimas similares a las causadas por violación de esas normas.

Así vemos cómo el vocablo víctima tiene diversos sentidos, desde aquel que tiene un sentido religioso, el conectado con el sufrimiento y el jurídico, que relaciona directamente criminal-víctima. Además de las precisiones que pudieran hacerse respecto de la connotación dada a la palabra víctima, es preciso diferenciar entre víctima y ofendido, los cuales suelen utilizarse como sinónimos. En realidad, en la mayoría de los casos, tales

¹⁷ Cfr. J. MAIER, *Derecho procesal penal: sujetos penales*. Op. Cit., p. 49.

¹⁸ Registro Oficial Suplemento #147. Publicado el 22 de enero de 1971.

¹⁹ A. BERISTAIN *Victimología, nueve palabras clave*, Tiran lo Blanch; citado por T. DEL VAL, *Mediación en...* op. cit. p 50. Aclara que esta declaración celebrada en Italia el 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, no obtuvo los votos suficientes para su aprobación; sin embargo BERISTAIN publicó el Anexo I "Declaración sobre justicia y asistencia para las víctimas en donde consta este Artículo.

connotaciones suelen incidir en un mismo sujeto, sin embargo no forzosamente tiene que ser así.

Existe una diferencia entre estos supuestos, pues la víctima es aquel individuo titular de un bien jurídico tutelado que sufre en forma directa cualquier tipo de daño material o moral con motivo de la comisión de un delito; mientras que el ofendido es aquel individuo que sufre en forma indirecta un daño material o moral con motivo de la comisión de un delito. Es decir, “aunque en lenguaje de la criminología suele llamarse víctima, este concepto puede en algunos casos no coincidir”²⁰ de hecho como establece el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal,²¹ se consideran ofendidos a terceros que no necesariamente son aquellos que sufrieron los daños sino,

Al directamente afectado por el delito y a falta de este a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 2. A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen; 3. A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses; 4. A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y, 5. A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

De tal manera que de la simple lectura podemos concluir que se derivan otros sujetos que no son necesariamente las víctimas, por ello si lo comparamos con la definición dada previamente estos otros sujetos no son víctimas; sin embargo, si existe una diferencia entre estos, pues la víctima es aquel individuo “que sufre el menoscabo del bien jurídico contra el cual se dirige el hecho punible objeto del procedimiento, del cual es portador”²², por tanto es aquel titular de un bien jurídico tutelado que sufre en forma directa cualquier tipo de daño material o moral con motivo de la comisión de un delito, mientras que el ofendido es aquel individuo que sufre en forma indirecta un daño material o moral con motivo de la comisión de un delito.

²⁰ E. ALBÁN GÓMEZ, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General*, Ediciones legales, 3era, ed., p. 114.

²¹ Registro Oficial Suplemento #360. Publicado el 13 de enero de 2000.

²² J. MAIER, *Derecho procesal penal: sujetos penales. Parte general*, Volumen 2, Editores del Puerto, 2002, p. 49.

Ahora bien como insertar el rol de la víctima u ofendido dentro de las posibilidades que nos da la mediación, evidentemente no es una situación sencilla, recordando que en el proceso que nos rige actualmente la víctima es un elemento de prueba, la cual debe esperar a que el Estado corrija el daño que sufrió su bien jurídico. Es por lo antes dicho que la mediación, “impide una bipolarización imaginaria entre los sujetos en conflicto y ayuda a introducir un orden simbólico que ofrece a los individuos un espacio para diferenciarse: la variación que se crea en el espacio relacional puede permitir a un sujeto abrirse al otro, colocar especialmente al antagonista como “otro” y colocarse a sí mismo como “otro posible”²³. Sobre la base de lo manifestado anteriormente la mediación podrá actuar cuando ambas partes accedan a esta dimensión, cuando reconocen tener acceso a una vivencia coherente de singularidad, creando las condiciones para hacer tolerables los sucesos inconciliables que los separan.

2.3.2. Victimario

DEL VAL²⁴ define al victimario como aquel que,

[P]roduce un padecimiento a la víctima pero no debe identificarse siempre el término victimario como aquel que comete un delito. Victimario es el género y ofensor penal –vulgarmente llamado delincuente– es la especie.

Esto responde a que pueden existir víctimas por otras circunstancias no encuadradas en un tipo penal; como por ejemplo, el que es mordido por un perro.

Revisando el origen de la palabra victimario CABANELLAS DE TORRES²⁵ manifiesta que “en el paganismo, servidor de los sacerdotes gentiles que encendía el fuego de los sacrificios, ataba la víctima en el ara y la sujetaba para evitar su reacción natural”; pues no es más que aquél que desempeñaba el papel de verdugo.

²³ A. CERETTI. *Mediación Penal y Justicia en contar una norma. Justicia reparatoria: mediación penal y probation*. 1ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 97.

²⁴T. DEL VAL, “*Mediación en Materia Penal...*” op. cit., p. 50.

²⁵ G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario enciclopédico de derecho usual: tomo VIII: T – Z*, Heliasta 30ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 403.

Actualmente concebimos al ofensor o victimario, como aquella persona que transgrede un tipo penal, es decir, quien quebranta una prohibición legal²⁶; por lo tanto es aquella persona que realiza un acto prohibido, que al momento de la violación al deber exigido, genera un perjuicio a la sociedad y a los individuos en concreto a través de la lesión de un derecho.

Nuestro Código de Procedimiento Penal no contiene una definición propia que permita identificar o calificar al infractor sino que, únicamente dentro del capítulo referente a los sujetos procesales, identifica al infractor de la siguiente manera dependiendo de la etapa procesal;

Art. 70.- Denominación y derechos.- Se denomina procesado la persona a quien el Fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor; y, acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio o en contra de la cual se ha presentado una querrela. El procesado y el acusado tienen los derechos y garantías previstos en la Constitución y demás leyes del país, desde la etapa preprocesal hasta la finalización del proceso.

La citada norma no esclarece a quién debemos entender por victimario; sin embargo, puntualiza que el fiscal debe calificar la participación del procesado según su grado de responsabilidad.

Como sabemos existen delitos en los que participa más de una persona, lo que se conoce como concurrencia o concurso de personas. ZAFFARONI,²⁷ al referirse a la configuración jurídica de la concurrencia de personas, dice:

como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada participación de personas en el delito, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión participación, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, participación es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por participación el fenómeno por el que una o

²⁶ Cfr. G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario enciclopédico de derecho usual: tomo VIII: T – Z*, Heliasta 30ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 187.

²⁷E. ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735.

más personas toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes sólo los cómplices y los instigadores, con exclusión de los autores.

Sobre la base de lo antes mencionado, debemos precisar que existen tres tipos de partícipes dentro del delito. En primer lugar encontramos al autor, que como bien dice el JAKOBS²⁸, "es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quién ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error".

También existe el cómplice que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor. Como expresa el propio JAKOBS,

...la coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo.²⁹

En concordancia con este criterio, el art. 42 del Código Penal establece que, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido; sin embargo, existen simples cómplices o cooperadores no necesarios que son aquellos cuya participación es intrascendente, es decir, que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso;³⁰ mientras que, la complicidad secundaria está contemplada en el art. 43 del Código Penal ecuatoriano.

Dentro de la mediación penal el concurso de personas se emplea de la siguiente manera; 1) para la reparación del daño que le correspondería a cada uno de los implicados; y, 2) manteniendo el principio de la voluntad de las partes, cada implicado cuenta con la opción de acogerse o no a la mediación.

Aprovechemos la oportunidad para tratar el tema de la responsabilidad en las personas jurídicas debido a que, se ha cuestionado la posibilidad de imputar a un ente colectivo, algún tipo de responsabilidad.

²⁸ G. JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, *Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da., Ed., Madrid, 1997, p. 744.

²⁹ G. JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, "Fundamentos..." ob. cit. p. 745.

³⁰ Cfr. E. Zaffaroni, "Derecho Penal, Parte General...", op. cit., p. 736-737.

El artículo 564 del código civil,³¹ establece que se entiende por personas jurídicas a, “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. De esta definición debemos entender que las personas jurídicas son susceptibles de considerarse como sujetos de derechos y de responsabilidades como consecuencia de un acto o negocio constitutivo, con pluralidad de partes, cuyo interés aparece asociados al objeto social para el cual fue constituida; por lo tanto, son sujetos de derecho con el alcance fijado en la ley.

ZAFFARONI³² sostiene que la falta de capacidad de actuar de los entes jurídicos es el principal fundamento por el cual éstos no pueden ser considerados como autores de un delito. Su motivación es que, para que los mismos puedan expresarse, necesitan recurrir y servirse de acciones humanas, de lo que se deduce la falta de capacidad de acción propia. De la misma manera SOLER³³ sostiene que,

Las personas jurídicas no tienen capacidad de acción para cometer delitos pues la conducta jurídico-penal debe ser evaluada desde un punto de vista psicológico y no normativo, de lo que surge que el delito es una manifestación humana que puede ser atribuida sólo a una persona física, postura que se basa en la exigencia de identidad del delincuente y del condenado, puede decirse que son además incapaces de culpabilidad y de pena. Ello es así, pues si la aplicación de una sanción funciona como amenaza psicológica para quien comete un delito, no podría sostenerse que un ente ideal pueda ser objeto conminación psicológica alguna.

De lo antes dicho se desprende que la persona jurídica, al carecer de esa sustancia psíquico-espiritual, no puede manifestarse por sí misma, por lo cual no pueden delinquir; siendo que quienes realizan y mentalizan las conductas son los seres humanos que componen y dirigen el ente, por lo que a éstos exclusivamente habrá de serles adjudicado el reproche y la consecuencia del acto ilegal.

En lo que compete a la mediación penal, la persona natural es quien conduce a la jurídica, es la que decide realizar el hecho ilícito, vinculado al ente sólo por las consecuencias civiles o comerciales que su actuación pudo ocasionar a terceros.

³¹ Código Civil publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005.

³²Cfr. R. ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Editar, 2000, p. 297.

³³ S. SOLER, *Derecho penal Argentino*, Tomo I, Río de Janeiro, Tea Río de Janeiro, 1978, p. 1.

2.3.3. El Mediador

Debemos empezar clarificando que el perfil del mediador, como erróneamente se cree, no puede ser homogéneo aunque podemos señalar características genéricas con las cuales debe contar el perfil del mediador; entre ellas resaltan, “la imparcialidad flexibilidad, inteligencia, imaginativo, hábil, buen oyente, empático, paciente y persuasivo”³⁴; además es importante agregar que en determinados momentos de tensión el mediador, debe generar respeto, honestidad y hasta tener sentido del humor para sobrellevar los momentos incómodos. Sumado a lo antes mencionado KOLB³⁵ propone una agrupación de las características y estilos que el mediador debe presentar,

I. Quienes actúan como promotores públicos y constructores del área: Se trata de quienes son públicamente conocidos por la promoción de la mediación como sistema para resolver conflictos. Entre otras funciones destacan la de promocionar la mediación a potenciales usuarios que en principio pueden ser hostiles o escépticos.

II. Quienes practican la mediación como forma de vida a tiempo completo: son profesionales que se dedican íntegramente a la mediación; su preocupación se centra en el campo laboral, así como atraer clientes y construir una imagen confiable en el mercado.

III. Quienes ofician de mediadores pero sin considerarse ni ser profesionales de la mediación: son los que median fuera de la profesión, como los abogados, funcionarios, políticos o diplomáticos que utilizan y practican nuevas formas de facilitación; a la vez que renuevan a la profesión dotándola de nuevas opciones.

Teniendo en cuenta este antecedente debemos señalar que ninguno de ellos puede alejarse del rol del mediador que entre otras podemos resumirlas de la siguiente manera,

1) facilitar el paso de la discusión al pensamiento creativo-alternativo; 2) aliviar la carga emocional; 3) estimular la salida de posiciones rígidas; 4) mostrar lo manifiesto del conflicto y mirar más allá; y, 5) invitar a la empatía, es decir, que los “adversarios” cambien de roles.

³⁴ DEBORAH KOLB en E. HIGHTON; y, G. ÁLVAREZ. *Mediación para Resolver Conflictos*. Adhoc, p. 213.

³⁵ Cfr. DEBORAH KOLB en E. HIGHTON. G. ÁLVAREZ. *Mediación para Resolver Conflictos*. Adhoc, p. 213.

En definitiva el mediador como ya hemos dicho reiteradamente, actúa como un catalizador, en tanto ayuda a modificar la relación entre los antagonistas. PEDRO³⁶ presenta este proceso como el papel del mediador de “migrar el estado de tensión hacia un proceso de tres polos donde la duda, el interrogante y las diferencias pueden coexistir, y donde la responsabilidad recíproca es compartida”.

Aprovecho este punto para destacar que la responsabilidad del mediador insta a que las partes busquen acuerdos o soluciones que contengan reparaciones simbólicas.

Ahora bien, cabe preguntarnos si es necesaria la profesionalización del mediador para desempeñar su cargo dentro de este sistema. Al respecto, RODRÍGUEZ³⁷ define a la profesionalización como,

[el] proceso por el cual se torna exigible para el desempeño de una determinada actividad la posesión de unas cualidades adquiridas; cualidades para cuya adquisición normalmente se ha debido según un procedimiento preestablecido al final del cual, el sujeto obtiene de algún organismo una certificación que lo habilita a realizar la actividad.

Así también, establece que el proceso de profesionalización, requiere que el profesional adquiriera el conocimiento a través de estudios universitarios ya que la experiencia resulta insuficiente y los conocimientos no pueden ser iguales a los que adquieren los mediadores en otras áreas³⁸. A través de la profesionalización, el mediador obtendrá una formación adecuada con una calificación profesional obtenida de una formación específica en el ámbito de la mediación.

Otra característica que es cuestionada, es la necesidad de que un mediador sea funcionario público. Al tratarse de una rama especial el Derecho Penal debido a su implicación social se ha llegado a determinar que al contrario de otras áreas, en este caso, sí debe ser un funcionario público; esto está íntimamente ligado a la responsabilidad que nace del cargo, ya que, evidentemente es una situación no tradicional.

³⁶ D. PEDRO, *La prisión y sus alternativas. Justicia reparatora: mediación penal y probation*, 1ª, ed., Lexis Nexis Argentina, 2005, p. 10.

³⁷ G. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *RAC y profesionalización de los facilitadores*, Buenos Aires, Editores del Puerto, España, 2000, p. 280.

³⁸ Cfr. G. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “RAC y profesionalización de los facilitadores...”, op. cit. pp.281 – 3.

Para entender mejor que características debe tener el mediador, debemos acudir a otras legislaciones que han implementado la mediación penal, entre estas la República de Argentina, que dentro de su ordenamiento jurídico prevé que el mediador sea un funcionario público debido a la forma en que es nombrado y debe estar inscrito en el Registro de mediadores a cargo del Ministerio de Justicia. Así mismo, establece que las actas de mediación tienen carácter de instrumento público.

En cuanto a la responsabilidad por su actuación, según establece el Código Penal, el mediador puede incurrir en la comisión de delitos que reprimen el abuso de autoridad y la violación de los deberes de funcionarios públicos; así también, el mediador está sujeto a las causales de excusación y recusación³⁹.

2.3.4. El Conflicto y el mediador

Aprovechemos este primer acercamiento para destacar que la mediación penal, a la cual queremos referirnos aquí, se distingue de los otros modelos de mediación porque debe necesariamente encontrarse, o mejor dicho confrontarse, con otras culturas profesionales y especialmente con el monopolio de la violencia legítima, el poder de sanción y la dimensión simbólica propia de la esfera judicial difícilmente reducibles a un aparato burocrático-administrativo cualquiera.

Tal como lo menciona FAGET⁴⁰ es importante tener en cuenta que al momento de elegir (competencia) un mediador este debe tener una conocimiento más completo; ya que en la mediación penal están en juego bienes jurídicos que el Estado ha seleccionado para cuidar con celo, es por ello que la competencia en la mediación penal debe ser jurídica e institucional.

El campo de competencia jurídica de la mediación penal,

...designa todos los procesos de regulación de conflictos sociales, comunitarios, cívicos, de barrio, interétnicos que tienen que abordar problemas de naturaleza pena, cualquiera que sea el escenario social o institucional de esta regulación; y en el campo de competencia institucional –que designa aquella mediación que se da al

³⁹ Artículo 77 Código Penal Argentino citada por T, DEL VAL, *Mediación en materia penal*: ... op. Cit., p 81.

⁴⁰ A. CERETTI. *Mediación Penal y Justicia en-contar una norma. Justicia reparadora: mediación penal y probation*. Mediación penal y justicia En- Contar una Norma, 1ª, ed., Lexis Nexis Argentina, 2005, pp. 12 – 13.

interior del sistema penal, es decir, que promovida y controlada por actores penales o por actores investidos de un mandato judicial, con el pleno respecto del derecho y las garantías del proceso.

Esta diferenciación que realiza el autor es de suma importancia; ya que, el origen del conflicto según PEDRO⁴¹ es variable. Un primer origen se conecta a la vida cotidiana, una simple palabra ambigua o fuera de contexto puede repercutir en rencillas, en donde las partes muchas veces olvidan la razón real que propició el conflicto, por ello es importante identificar este origen para evitar que desemboque en situaciones no manejadas y nocivas en el plano personal o social. Otras veces el origen del conflicto es claro, esto es los derivados del comportamiento agresivo, violento entre vecinos, colegas, amigos, entre otros; los conflictos pueden ser estables dado que los actores reemplazan expectativas inciertas por expectativas problemáticas seguras.

En este último punto ingresan los delitos ya que derivan de un comportamiento que sabemos que es lesivo. Ser sujeto pasivo de un robo, de un asalto, de una agresión física y/o verbal, de una amenaza, de una injuria entre otros pone automáticamente a la víctima del ilícito en el lado de la razón.

Por ese motivo PEDRO⁴² establece que la sociedad moderna confió a algunas de sus instituciones “el deber de establecer los términos objetivos de estas razones. Por el contrario, a estas instituciones les cuesta manejar el odio, el rencor que la víctima puede experimentar”. El mediador debe estar consciente de esta realidad y ser capacitado bajo la premisa de establecer equilibrio entre instituciones.

2.4. Conflicto

El conflicto se define como la “oposición de intereses en que las partes no ceden, donde hay choque o colisión de derechos o pretensiones”⁴³. Este conflicto es lo que se origina después de darse el cometimiento del delito previamente analizado.

Todo conflicto señala DEL VAL,⁴⁴ tiene tres etapas:

⁴¹D. PEDRO, “*Mediación Reparadora y mediación Penal...*”, op. cit., p. 13.

⁴²D. PEDRO, “*Mediación Reparadora y mediación Penal...*”, op. cit., p. 13.

⁴³*Conflicto*. En: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual tomo II: C. CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO. 30ª, ed., Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 330.

- a) la escalada, que implica que el conflicto evoluciona hacia el agravamiento de la situación. Se caracteriza por la competitividad, que gráficamente se representa como una línea ascendente;
- b) punto muerto, caracterizado por la incertidumbre y desorientación. En este punto se puede empezar a introducir la mediación para ir reconstruyendo la confianza y restableciendo la relación a fin de que las partes puedan autocomponer el conflicto; y,
- c) desescalada, para llegar a esto se debe contar con la colaboración de las partes, para que empiece a descender el conflicto.

2.4.1. El conflicto penal: víctima y victimario

Para acercarnos a la definición del conflicto en materia penal debemos acudir a DEL VAL⁴⁵ quien sostiene que:

[El] enfrentamiento o choque intencional entre dos o más personas, también pueden ser grupos, que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente hacia un derecho, en el que se trata de romper la resistencia del otro usando generalmente algún tipo de violencia, lo que incluso podría llevar al aniquilamiento físico del otro.

Esta posición sumada al proceso de desarrollo de un conflicto, nos indica que este no es absoluto, es decir, tiene diferentes aristas dependiendo el papel que desempeñe, lo cual implica que un mismo conflicto tiene tres aspectos.

DEL VAL⁴⁶ los divide en tres “perspectiva de una de las partes; mientras que un enfoque diferente está dado por cómo asume la otra parte el conflicto, y un tercer enfoque aprecia cómo evaluaría el conflicto una tercera parte neutral”.

En este tercer punto es donde debe intervenir el mediador en materia penal, ya que este buscará nuevos enfoques que arriben a la solución ganar-ganar que como sabemos, es el objetivo final de una mediación.

Dentro de la mediación penal, el delito y el conflicto deben examinarse por separado antes de buscar un acuerdo. El delito en primera instancia provoca una ruptura

⁴⁴ T. DEL VAL, *Mediación en materia penal: ¿la mediación previene el delito?*, 2ed., Buenos Aires, 2009, p. 44.

⁴⁵ T. DEL VAL, “*Mediación en materia penal: ...*”, p. 44.

⁴⁶ “T. DEL VAL, “*Mediación en materia penal...*”, op. cit., p. 44.

en el equilibrio del sistema de expectativas dentro de un pacto de ciudadanía, que incluso en los casos en los cuales el reo no conoce personalmente a la víctima, se debe reconocer la potencial relación expresada en términos de expectativas recíprocas, en virtud del pacto social antes mencionado; mientras que el conflicto, es visto como la consumación de un delito ya que surge como producto de la ruptura del pensamiento conjunto y el quebrantamiento de las expectativas sociales antes mencionadas.⁴⁷ En consecuencia el conflicto inicia y se desencadena a partir de la violación normativa (un hecho delictivo u otro episodio que provoca ruptura de aquel pacto de ciudadanía), ahí debe pasarse a la construcción por parte de los actores, de pasar del conflicto de necesario a contingente, es decir, a una creación de alternativas que se derivan a través del proceso de mediación penal.

2.4.2. Tipos de conflictos penales

Definitivamente la justicia no se aparta de la mediación, por ello no se va a dejar de impartir justicia por utilizar este método alternativo; sin embargo, debemos tener presente que como ya hemos mencionado en reiteradas ocasiones, otros bienes jurídicos están en juego en el sistema penal, por lo tanto no podemos otorgar el mismo tratamiento a todos ellos, ya que para mediar en conflictos penales debemos considerar a la víctima, al victimario y a la comunidad.

Varios intentos se han realizado por clasificar las variantes de conflictos penales, dado que algunos autores hablan de delitos trascendentales e intrascendentales. Otros recogidos por DEL VAL⁴⁸ proponen una división desde el punto de vista del derecho penal, en cuanto a las acciones delictivas, que perturban y revelan un peligro e impotencia mayor por parte de la sociedad. Estos actos generan una movilización colectiva y el deseo de todos de que se haga justicia.

Por otro lado existen delitos menores, que de acuerdo a esta teoría, solo afectarían a la víctima y al victimario. Para esta autora “no hay delitos insignificantes para quien es damnificado”; y que todo acto delictivo afecta a la comunidad.

⁴⁷ Cfr. D. PEDRO, “*Mediación Reparadora y mediación Penal...*”, op. cit., pp. 49 – 50.

⁴⁸ T. DEL VAL, “*Mediación en materia penal...*”, op. cit., p. 47.

En cuanto a la diferencia entre acciones públicas y provocadas, la autora sostiene que “estas últimas quedan libradas al arbitrio de los concretos ofendidos, quienes no solo tienen la libertad de promoverlas o no, sino que también pueden desistir de ellas en cualquier momento, gozando de su plena disponibilidad”

Sin embargo, la misma autora reconoce que en los países en que se ha implementado la mediación penal, hay una división que se impone y es la de “delitos de mayor cuantía y de menor cuantía”; dentro de este grupo hay casos que no son mediables. Esto responde a la indisponibilidad de la acción, como se dijo anteriormente, toda conducta violatoria de la ley penal, por el solo hecho de serlo pasaba a ser indisponible y controlada por el Estado.

De los antes dicho deducimos que respecto de los delitos de acción privada, no cabe duda que la mediación es aplicable; ello habida cuenta de la disponibilidad del titular de la acción para promoverla, suspender el proceso y aun renunciar o perdonar.

Distinta es la situación en el caso de los delitos de acción pública, en los cuales por imperio del principio de legalidad no hay disponibilidad de la acción. En tales casos pareciera, carece de efectos en la cuestión personal, sin embargo, más adelante analizaremos que existen algunos caso en los cuales serían viables la mediación en la acción pública.⁴⁹

2.4.3. El rol de la Mediación Penal en la solución del conflicto

Debemos ser plenamente conscientes de que muchas son las interrogantes que giran alrededor de la aplicación e implementación de la mediación penal; por lo cual, me permito hacer una esquematización de los problemas más críticos en torno al tema.

Primero encontramos el enfrentamiento de instituciones, así como lo señala PEDRO⁵⁰, en este escenario se imponen instancias formales y sustanciales de compatibilidad entre

⁴⁹ S. CARRERAS, *Mediación: Una opción a la violencia social. Mediación penal: reparación como tercera vía en el sistema penal*, 1ed, Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 47.

⁵⁰ D. Pedro. La prisión y sus alternativas. *Justicia reparadora: mediación penal y probation*. 1ª, ed., Lexis Nexis Argentina, 2005, p. 35.

justicia y resolución de conflictos. Es claro que los MASC como dice ARMENTA DEU,⁵¹ deben caracterizarse por tener un buen cuidado en preservar la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción.

“Dicho de otra manera, los métodos alternativos, son perfectamente compatibles con dicho derecho de acceso, siempre y cuando la renuncia del mismo lo sea en ejercicio de la autonomía de la voluntad y no de una previsión legislativa que opere *ope legis*, de manera que vincule el derecho de acceso al consentimiento expreso de ambas partes”.

Todo se une en la autonomía de voluntad de las partes; sin embargo, el papel de la mediación en el conflicto penal debe tener muy presente el riesgo en su aplicación. Si consideramos por un lado la evidente dificultad de trasladar esta institución a diversas realidades y considerando que estos mecanismos pueden ceder algunas garantías de su aplicación en pro de la eficacia. Cuando se adoptan soluciones alternativas se puede caer en el riesgo de reducir exageradamente las garantías, es decir; si bien las mismas ofrecen la ventaja de aliviar la sobrecarga de la administración de justicia y de ofrecer al implicado una forma de elaboración del conflicto más adecuada a sus intereses, el propio implicado recibe menos garantía si se le obliga a arrepentirse, se limitan sus posibilidades de actuación y defensa y no se elimina la estigmatización del proceso, sino, muy al contrario puede incrementarse, ya que todo se realiza y percibe en ámbitos reducidos y cercanos a la intimidad.⁵²

Tomando en cuenta lo anteriormente mencionado procedamos a revisar los presupuestos y principios que podría viabilizar la aplicación de los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia penal, tal como los recoge MONTEZANTI⁵³ y que detallamos a continuación:

⁵¹ T. ARMENTA DEU, *Justicia: Medidas Alternativas. Pequeña Criminalidad y Principio de Oportunidad, Alternativas Convencionales en el Derecho Tributario*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2003, p 329.

⁵²Cfr. T. ARMENTA DEU, “*Justicia: Medidas Alternativas. Pequeña Criminalidad y Principio de Oportunidad...*”, op. cit. p. 331.

⁵³ Cfr. G. MONTEZANTI, *La lógica interna en la solución de los conflictos particulares. Resolución alternativa de conflictos penales* Editores del Puertos, SRL, Buenos Aires, 2000, p. 59.

- i. En relación al sistema procesal: deberían adoptarse criterios de oportunidad, de este modo, parte de las causas hoy archivadas/reservadas o hasta en trámite, quedarían fuera de toda persecución, y se pueden derivar a los programas MASC.
- ii. En relación a la gravedad de los hechos: No debe ser éste el criterio que defina en cuáles no se puede mediar, sino el de la disponibilidad de las partes al dialogo
- iii. En relación a las partes: el sistema debe regirse siempre por el principio de voluntariedad; en un primer momento, cuando las partes deciden participar en el programa de mediación, luego durante su desarrollo y también cuando se obligan a través del acuerdo celebrado. En este sentido la práctica dirá en qué medida el ofensor que soporta la persecución penal se halla presionada a negociar y si esta circunstancia resulta, en consecuencia, un condicionante.
- iv. En relación al proceso judicial: a) como alternativa al sistema: se podrían derivar a los programas MASC aquellos casos en los cuales el ministerio público tenga elementos suficientes como para requerir la instrucción. En este supuesto, a través de una decisión conjunta con equipo de resolución alternativa. b) Como alternativa al proceso: funciona como una oportunidad más para las partes cuando el fiscal ya requirió la instrucción y hasta la elevación a juicio, produciendo de este modo la suspensión del proceso judicial. Y c) Como pena alternativa: ya existe sentencia condenatoria privativa de libertad cuya ejecución se suspende como resultado del proceso alternativo.

Lo que caracteriza al derecho penal es la función social que cumple, asegurando bienes jurídicos fundamentales mediante la vigencia de las normas. Si logramos la participación y la disposición de las partes para participar en la búsqueda de la solución del conflicto; la mediación por sobre todas las cosas, podrá garantizar la participación ciudadana y comunitaria, siendo, asimismo, controlado por los jueces y quedando a disposición de la justicia formal la obtención del fin pacificador, tendiente a la erradicación de la violencia.

2.5. El Papel del Estado dentro de la mediación

Es evidente que en la mediación, la instancia penal es abandonada por los protagonistas por tal motivo, para que este sistema sea eficiente se debe conseguir que no se persiga dos veces un mismo hecho, además de ser evidentemente inconstitucional. Una vez lograda la conciliación, el papel del Estado debe cambiar, tal como indica CÓRDOVA⁵⁴

⁵⁴ V. CÓRDOBA, “Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistemas de resolución alternativa de conflictos” *Resolución alterna de conflictos penales*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000, pp. 82-3.

...[E]l Estado abandonará su pretensión punitiva de manera definitiva. El Estado no debe ser ya “Guardián” de la sociedad, sino que su participación sólo debe hacerse presente en el caso de que sea solicitada, y a los efectos de brindar asistencia a quienes la requieran. Sea cual fuere la solución a la que se haya arribado a partir del acuerdo entre las partes, éste habrá dejado de ser un problema en el que el Estado pueda inmiscuirse, de manera que el conflicto se dará por terminado sin mayores trámites.

Teniendo en cuenta que la potestad punitiva del Estado se vuelve relativa, lo cual significa ponderar que no es posible que todo conflicto social se resuelva por medio del derecho sancionatorio y que los que deben ser resueltos en sede penal, puedan ser sometidos a soluciones versátiles en lo que nos corresponde a través de la mediación⁵⁵.

Un Estado que tiene una mínima intervención pero que asegure máximas garantías; debe reforzarse con un legislador que además de manejar principios filosóficos tiene que ser realistas; y, proceder a una significativa descriminalización y despenalización por medio de las medidas alternativas procesales y penales, lo cual nos recuerda que la justicia no implica solamente la creación de más leyes o por poner más jueces y ser partidaria de las posturas inmovilistas según las cuales nada debe cambiar; “La idea de reparación se va extendiendo internacionalmente tanto dentro del derecho penal como una sanción más, como con el objeto de hacer retroceder al derecho penal a través de la fórmula de conciliación víctima-delincuente, en una etapa prejudicial.”⁵⁶

2.6. Delito y bienes jurídicos dentro de la mediación penal

2.6.1. El Delito

La legislación ecuatoriana no define el término delito, es por ello que resulta importante el estudio de la doctrina de los autores para lograr una definición que pueda ilustrar los elementos que componen el delito. La definición de delito nos ayuda a comprender el cómo, cuándo y por qué una actividad nace como delito, para ello debemos conocer la teoría jurídica del delito.

⁵⁵Cfr. H. ISSA EL KHOURY JACOB, *Mediación para resolver conflictos*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 74.

⁵⁶E. GIMÉNEZ SALINAS, *La conciliación víctima-delincuente. Hacia un derecho Penal reparador*, En VV.AA: La Victimología, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 67.

La Real Academia de la Lengua define delito como, “el quebrantamiento de la ley”. Tomando como punto de partida el concepto anterior, se pueden citar a tratadistas del derecho penal como LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA⁵⁷ que explica que, “el delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”. En el mismo sentido RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO⁵⁸ dice “El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una acción penal”. De igual manera SOLER⁵⁹ lo define como “una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal”

Se puede apreciar que los conceptos enunciados en los párrafos anteriores coinciden con que delito es una acción, típica, antijurídica, culpable, sancionada con una pena y en algunos casos hacen referencia a situaciones objetivas que deben ser tomadas en cuenta al momento de imponer la pena; sin embargo, para entender el concepto de delito es necesario hacer una enumeración y breve descripción de cada uno de los elementos que forman el concepto de delito:

a) Acción: “La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales mecanismos e incluso mediante personas.”⁶⁰

Se puede apreciar que la acción puede ser considerada únicamente como el acto, la exteriorización de una voluntad y, se debe llevar a cabo por el sujeto para que la acción pueda ser enmarcada dentro de las figuras penales tipificadas dentro de la ley penal; tal aseveración nos obliga a ver la acción no como un elemento único sino que debe

⁵⁷ H. DE LEÓN VELASCO, J. DE MATA VELA. *Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial*. Editorial Llerena y F&G Editores, 1999, Guatemala, p. 136.

⁵⁸ H. DE LEÓN VELASCO, J. DE MATA VELA. *Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial*. Editorial Llerena y F&G Editores, 1999, Guatemala, p. 136.

⁵⁹ S. SOLER en H. DE LEÓN VELASCO, J. DE MATA VELA. *Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial*. Editorial Llerena y F&G Editores, 1999, Guatemala, p. 136.

⁶⁰ I. AMUCHATEGUI. *Derecho Penal*. Editorial Harla, México, 1993, p. 49.

considerarse en conjunto; de tal manera que, para que una acción pueda ser sancionada o cuestionada como antijurídica, es necesario que la misma se lleve a cabo, no es suficiente que el responsable únicamente sienta el deseo de actuar de determinada manera, se necesita que actúe, para que pueda ser sometido a un proceso penal y se le pueda imponer la sanción determinada.

b) Tipicidad: “es la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito. Es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto”⁶¹.

Es por este motivo que, la conducta debe estar descrita como delito, antes que el sujeto la realice, para que el responsable pueda ser sometido a un proceso penal. Si la acción no está enmarcada dentro del ordenamiento jurídico, no se puede hablar de un delito; de tal manera que es garantista, ya que si una conducta no está individualizada dentro del ordenamiento jurídico penal como delito, no se puede someter a un proceso penal a sus autores.

Antijuricidad: “conducta contraria a derecho. Actúa antijurídicamente quien contraviene las leyes penales. Presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la ley penal. Este juicio recae sobre la acción realizada, y aunque concurren elementos fundamentalmente de carácter objetivo, en algunos supuestos y de manera excepcional también hay que tener en cuenta los subjetivos”⁶².

La antijuricidad va ligada con la acción; es decir, si esta contraviene el ordenamiento jurídico vigente, es considerada como una acción antijurídica, y como tal debe ser sancionada.

c) Culpabilidad: el tratadista VELA TREVIÑO⁶³ define la culpabilidad como, “el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y

⁶¹ H. DE LEÓN VELASCO; J. DE MATA VELA. *Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial*. Editorial Llerena y F&G Editores, 1999, Guatemala, p. 160.

⁶² *Antijuridicidad en Diccionario Jurídico Espasa*. LEX. Editorial Espasa Calpe, S.A. España, 1999, p. 60.

⁶³ S. VELA TREVIÑO. *Teoría del Delito*. Editorial Trillas, México, 1985, p. 337.

antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”. Este concepto de culpabilidad nos presenta que para que exista culpabilidad es necesario que el sujeto que cometa el delito, pueda ser sancionado. La culpabilidad, es pues, el elemento que considera al sujeto y la acción. Si el sujeto reúne las características para poder ser sujeto dentro de un proceso, y si la acción cometida es una acción que es contraria al ordenamiento jurídico, y además la circunstancia en que se cometió no encuadra en aquellas causas de justificación reconocidas dentro del ordenamiento jurídico penal vigente se es culpable.

Vale la pena también mencionar a la punibilidad aunque este no sea elemento del delito si es una de las consecuencias que produce el cometimiento del mismo, de tal manera que a grandes rasgos, se entiende por punibilidad como, “a amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma.”⁶⁴ En resumen la punibilidad, no es más que el sancionar una acción antijurídica, tipificada como delito, que sea imputable a un sujeto determinado, y que el sujeto pueda ser imputable.

Los elementos del delito aquí descritos, son los elementos comunes considerados por los diferentes tratadistas del derecho penal. Por no ser objeto de este trabajo conocer y desarrollar la teoría del delito hemos considerado que lo antes dicho, permite formar un panorama general al lector de lo que se entiende por delito.

2.6.2. Bienes jurídicos en el Derecho Penal

Previamente hemos analizado el delito y sus elementos lo que nos lleva a concluir que los legisladores buscan proteger a los ciudadanos y resguardarlos de una posible amenaza a sus derechos, pues el fin es dar tutela sobre los bienes necesitados de protección, de tal manera que se garantiza todo tipo de derechos, valores y bienes a partir del reconocimiento esencial de su pertenencia, buen uso y disfrute de cada persona.

Así, desde la norma constitucional se reconocen como valores y bienes supremos, entre otros el derecho a la vida, la libertad, el trabajo, la educación, la salud, el desarrollo de la personalidad, los derechos de asociación y expresión de ideas, así como todos los derechos sociales, económicos, políticos e individuales entre otros.

⁶⁴ I. AMUCHATEGUI. *Derecho Penal*. Editorial Harla, México, 1993, p. 90.

El origen del concepto de bien jurídico fue acuñado por Birnbaum en 1834⁶⁵ quien lo ha identificado como un derecho subjetivo. No obstante, para MEZGER existen numerosos delitos en los que no es posible demostrar la lesión de un derecho subjetivo.⁶⁶ Para COBO DEL ROSAL,⁶⁷ el bien jurídico se puede definir como “todo valor de la vida humana protegida por el derecho”, mientras que JESCHECK⁶⁸ define que “el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo;” afirma además que, son “bienes jurídicos aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el derecho penal,” de tal manera que el bien jurídico como objeto de protección del derecho penal, es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro. Es por ello que el tipo penal se debe entender como el valor ideal que se espera obtener para lograr el orden social.

El Estado de derecho, lo entendemos en la medida en que el Estado ofrece una protección a la sociedad, y para este fin ha de sujetarse rigurosamente al imperio de la ley, con lo cual, aquellos intereses sociales que ameriten ser protegidos por el Estado se denominan “bienes jurídicos”. En el ámbito del derecho penal deberán ser protegidos únicamente bienes jurídicos reconocidos, pero eso no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente protegidos deba necesariamente determinar la intervención del derecho penal, es por ello que la mediación cabe perfectamente en algunos delitos.

2.6.2.1. Justificación de los bienes jurídicos en el Derecho Penal

La intervención del derecho penal se justifica como protección de bienes jurídicos.⁶⁹ En este sentido, los bienes jurídicos expresan necesidades básicas de la persona

⁶⁵ F. ÁLVAREZ GARCÍA. *Bien jurídico y Constitución*. Cuadernos de política criminal. No. 43, Madrid, 1991, p. 5.

⁶⁶ E. MEZGER. *Tratado de derecho penal*. Parte general, Cárdenas Editores, México, 1980, p. 399.

⁶⁷ M. COBO DEL ROSAL. *Derecho penal*. Parte general, Edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 1988, pp. 249 – 251.

⁶⁸ HEINRICH, JESCHECK. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Traducción y adiciones de derecho penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol. 1. Editorial Bosch, Barcelona 1981, p 350.

⁶⁹ B. GÓMEZ DE LA TORRE, I. ARROYO ZAPATERO, y otros *Manual de Derecho Penal Parte General I Instrumentos y Principios Básicos del Derecho Penal*, 1ª, ed., PRAXIS S.A., Barcelona, 1994, p.48.

y los procesos de relación social, de instituciones, sistemas y de su participación.⁷⁰ El bien jurídico cumple como función principal limitar el poder punitivo del Estado, con la capacidad de impedir arbitrariedades, distorsiones en la creación de la norma penal, las funciones de garantía son inherentes al bien jurídico penal y se vincula a la relación individuo - Estado.⁷¹

“La protección de bienes jurídicos no significa imperiosamente la tutela a través del recurso de la pena criminal, puesto que una cosa son los bienes jurídicamente protegidos y otra cosa son los bienes jurídicos “penalmente” protegidos”⁷² de tal manera que “el derecho penal debe proteger “bienes jurídicos” pero no significa que todo “bien jurídico” haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinarse la intervención del derecho penal”.⁷³ La intervención punitiva del Estado sólo se legitima cuando cumple con dos condiciones:

- a) principio de generalidad; que implica que se ha de tratar de bienes que interesen a la mayoría de la sociedad, no a una parte o sector de ésta; y,
- b) la relevancia; es decir, que la intervención penal sólo se justifica para tutelar bienes esenciales para el hombre y la sociedad, vitales.⁷⁴

GORDILLO SANTANA⁷⁵ nos dice que “el poder punitivo del Estado debe de estar regido y limitado por el principio de intervención mínima”, es decir, el derecho penal sólo debe y puede intervenir en los casos de ataques a los bienes jurídicos más importantes. En consecuencia de lo antes dicho GORDILLO nos explica que,

...corresponde a la responsabilidad penal restablecer la paz social perturbada por el delito mientras que otras disciplinas del Derecho tienen otras finalidades. La defensa de un Derecho penal mínimo no significa la desprotección de los

⁷⁰ Cfr. H. HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Bien Jurídico y Estado social y democrático de derecho. El Objeto Protegido Por La Norma Penal*. Editorial Jurídica Conosur, Barcelona, 1992, p. 58.

⁷¹ Cfr. J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal Español Parte General*, 4ª ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 49.

⁷² S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 91.

⁷³ S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 91.

⁷⁴ Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO; *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, p. 367.

⁷⁵ L. GORDILLO SANTANA. *Los Principios Constitucionales Y Las Garantías Penales En El Marco Del Proceso De Mediación Penal*, octubre 2010, <http://es.scribd.com/doc/40312131/MEDIACION-PENAL> visitado marzo 2011.

intereses colectivos sino la despenalización de algunos de los bienes tradicionalmente clásicos, puesto que en un Derecho penal mínimo, el fin es el de la «minimización de la reacción violenta frente al delito», lo que supone no ya sólo la exigencia de que las prohibiciones penales sean «reducidas al mínimo» sino que además se emplee el «mínimo sufrimiento necesario para infligir a la minoría de los desviados».⁷⁶

Ahora bien, hemos introducido el tema del límite punitivo del Estado respecto del principio de intervención mínima y una consecuencia de dicho principio, es la exclusión del ámbito penal de las meras discrepancias ideológicas, políticas o religiosas y las meras inmoralidades sin trascendencia en los derechos de terceros.

Esta cuestión nos lleva a considerar la introducción e implementación de la mediación penal bajo la fundamentación de la despenalización de ciertos tipos penales y la privatización de conductas que hoy por hoy forman parte del Derecho penal. Es decir, la privatización de ciertas áreas del Derecho penal, que no deben ser desplazadas al derecho civil, pero sí que le permitan a los involucrados enfrentar el conflicto de diferente manera como lo hemos visto a largo de este trabajo.

GORDILLO⁷⁷ manifiesta que, “en aquellos supuestos donde el interés general de persecución por la falta de trascendencia de la conducta a nivel social o su irrelevancia así lo aconseje se proceda a introducir nuevos métodos de regulación de conflictos enfocados a la reparación penal, ya que preserváramos por un lado, el efecto preventivo que general del Derecho penal y, por otro, nos acogeríamos a los beneficios resocializadores que genera la mediación penal,” ya que en la mediación penal no se pierde las ventajas que tiene el proceso penal tales como, el esclarecimiento de los hechos, detección de responsables y control, entre otros debido a que esto permitirá la preservación del efecto preventivo que genera el derecho penal y, el acogimiento de a los beneficios resocializadores que genera la mediación penal.⁷⁸

2.6.2.2. Disposición de los bienes jurídicos en el Derecho Penal

⁷⁶ Cfr. T. DEL VAL, “*Mediación en materia penal...*”, op. cit., p. 50.

⁷⁷ Cfr. L. GORDILLO SANTANA, *La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia*, p. 597.

⁷⁸ B. MENDELSON, citado por JOSÉ ZAMORA GRANT, *Derecho victimal: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano* Instituto Nacional de Ciencias Penales, México DF, 2009, p. 35.

Dentro de la implementación de la mediación penal debemos necesariamente entender que bienes se pueden disponer para mediar. Como bien sabemos el derecho penal, confiere su protección por medio de normas positivas contra las acciones susceptibles de perjudicar de una forma singularmente grave los intereses vitales del individuo o de la colectividad. Como también ya vimos el objeto de protección está constituido por el bien jurídico o el núcleo que en cada delito se lesiona; y es en este punto donde debe actuar la mediación.

Para empezar a mediar debe existir un consentimiento; en cuanto a esto WELZEL⁷⁹ señala que, para que “el consentimiento de tenga eficacia debe otorgarse, objetivamente, por el sujeto pasivo titular del interés jurídicamente protegido en la norma que, indudablemente, debe ser la persona sobre quien se vierte la conducta, además deberá ser otorgado al momento en que la persona sea capaz de discernir sobre el conocimiento, circunstancias, y consecuencias”. Para que dicho consentimiento adquiera eficacia debe ser otorgado entre otros sobre bienes relacionados con la posesión, la propiedad, el patrimonio y la libertad personal, y en ciertas lesiones.⁸⁰

Los bienes disponibles o indisponibles tienen relación con la eficacia o validez del consentimiento, en los primeros se puede considerar aquellos bienes que no representan una utilidad social inmediata.⁸¹ Del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano se desprende un tratamiento más benévolo a los delitos de acción privada, que como veremos más adelante así como en los delitos de acción pública a los acuerdos reparatorios.

⁷⁹ H. WELZEL. *Derecho penal, Parte General*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 99.

⁸⁰ E. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal*. Parte general, segunda edición. Edit. Akal, Madrid, 1990, p. 156.

⁸¹ F. GRISPIGNI. *La Natura Giuridica Del Consenso Dell' Offeso*, Modena Editore, 1972, P. 3 en A. ZAMORA JIMÉNEZ. *Bien Jurídico Y Consentimiento En Derecho Penal*, Marzo 2008 http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:Nm1Ms0exCQoJ:letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos/6/bien%2520juridico.pdf+&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEESjTa2jjhsXT4XxCDmv5502GfFoUDMhYFR4LzKNtUXH_lzSwjqTXTv7FdPgbIy3dCL_sm1JJr9Kb6Thq0QXWffj4zrZM1PXfKHVtOnFaxl-WDiYmmML7keYTb4Lz3BjGpr0mi5hz&sig=AHIEtbSqoo9MrQ0XFdo5LOAHeeggKfo9HA revisado marzo 2011.

Por no existir la figura de la mediación penal, correspondería al legislador determinar cuáles bienes son disponibles y cuáles no lo son para definir los criterios necesarios que permitan una interpretación correcta.

De esta manera la protección de los bienes jurídicos sin duda obligó a la llamada “garantía procesal” *nulla poena sine lege*, pero también *nulla poene sine proceso*, esto es, para que pueda imponerse una pena es necesario el proceso. Pero qué ocurre cuando la pena que contempla la norma es insuficiente, es decir; cuando la pena deja inconforme a los sujetos dentro del proceso; es momento de considerar la posibilidad de que la solución al conflicto que se originó producto del delito se imponga a través de otros instrumentos como es el caso de la mediación penal.

CAPÍTULO III

APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ECUADOR

Hemos visto hasta este momento que resulta imposible para la organización estatal ocuparse de todas las infracciones reales a las normas penales que se cometen con el debido cuidado.

FERRAJOLI⁸⁷, al respecto insiste en esta crisis a tal punto que manifiesta que: “...el verdadero problema penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen de otra forma de control social más o menos salvaje y disciplinario.”

Es justamente dicha ineficiencia de enfrentar el conflicto, la que permite que la mediación empiece a ser considerada como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos penales. En efecto, al ser la jurisdicción ordinaria deja de lado el verdadero conflicto entre víctima y victimario.

3.1 ¿Existe Mediación Penal en Ecuador?

⁸⁷ L. FERRAJOLI. “*El Derecho Penal Mínimo*”. VV.AA., “Prevención y Teoría de la Pena”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, p. 10.

La tendencia en el Ecuador en los procesos penales es a emplear únicamente la justicia ordinaria y excluir la figura jurídica de la mediación para resolver los conflictos. Si bien es cierto que las últimas reformas del año 2009 han incorporado la terminación anticipada del proceso, no es menos cierto que no reglamenta la mediación penal.

Desafortunadamente para muchos profesionales del derecho, la conversión de acciones,⁸⁸ los acuerdos reparatorios⁸⁹, la suspensión condicional del procedimiento⁹⁰ y la posibilidad de que en los delitos de acción privada se pueda designar un “amigable componedor,”⁹¹ si constituyen prueba de la inserción de la mediación en el sistema penal.

Pasemos a conocer brevemente a estas instituciones:

1. Conversión de acciones: Esta institución permite que se transforme la acción pública en acción privada; esta forma de terminación anticipada haría suponer que el ofendido ha llegado a un acuerdo con el procesado y que producto de ello solicita dicha conversión. Sin embargo, como manifestó el Dr. CALVACHI⁹² en la entrevista mantenida, “el hecho de que la conversión de la misma dependa del allanamiento por parte del fiscal y autorización por parte del juez hace, que no pueda ser considerado en esencia como un institución que contenga una mediación”, precisando que la práctica penal ecuatoriana ha revelado “que muchas personas acuden a la instancia penal en busca de un resarcimiento económico e incluso como un medio de extorsión para cobrar deudas de carácter civil”. Por ello pasada una década desde la implementación de esta institución se ha evidenciado que no es un mecanismo adecuado para asegurar un acercamiento de las partes, ni tampoco se revela una descongestión para los procesos judiciales.

Otra observación a esta figura es que “desde el punto de vista formal, el procesado no tiene participación alguna debido a que no es considerado su criterio al momento de solicitar la conversión; por lo tanto, no es una institución que permita promover una justicia restaurativa que es el objetivo a alcanzar a través de la mediación.”

⁸⁸ Código de Procedimiento Penal artículo 37.

⁸⁹ Código de Procedimiento Penal - artículos innumerados a continuación del artículo 37.

⁹⁰ Código de Procedimiento Penal - artículos innumerados a continuación del artículo 37.

⁹¹ Código de Procedimiento Penal artículo 373.

⁹² Ver Anexo A

2. Acuerdos reparatorios: Son considerados por los profesionales del derecho como aquellos acuerdos que van un paso más adelante respecto de la conversión, el cuál parte de la consideración que tanto el procesado como el ofendido han llegado a un acuerdo de reparación el mismo que debe ser presentado ante el fiscal. Sin embargo, para el Dr. CALVACHI, “a pesar de ser un paso importante, al encontrarse dentro del proceso, se podría caer en la posibilidad de una revictimización”, además que este tipo de acuerdos “podrían estar sujetos a una necesidad de la víctima por dar por terminado un proceso que le causa mucho dolor y no necesariamente no por un mecanismo de acercamiento con el procesado.”

Por otro lado, esta institución no implementa la figura de un tercero imparcial que participe en la negociación para llegar al acuerdo, lo cual puede provocar que se dé un desbalance al momento de alcanzar una solución ya que, alguno de los involucrados puede valerse de su situación de ventaja para imponer sus condiciones para la reparación, es por eso que, “Lo importante es que en cualquier tipo de acuerdo dentro del proceso se garantice que las partes accedan a las negociaciones sean igualitarias de tal manera que sean el reflejo de una libertad.”⁹³

Otro de los obstáculos que permiten considerar esta figura como mediación, es que el cumplimiento depende del criterio de evaluación del ofendido, como nos dice CALVACHI, “en la decisión del ofendido recae en si se cumple o no con las condiciones (acuerdo reparatorio) y si a su criterio no se han cumplido, tiene la opción de hacer cumplirlo y continuar con la acción penal” de tal manera que, “parecería que la balanza está a favor del ofendido.”

3. Suspensión condicional del procedimiento: Es el que menos se acerca a una mediación; ya que, su proceso e impulso corresponde al fiscal mientras las partes se ven relegadas a un segundo plano. La ley atribuye al juez el deber de autorizar y establece las condiciones de la suspensión del proceso; sin embargo, “esto no lo convierte en un mediador debido a que el analiza la procedencia de la suspensión luego de una única audiencia.” Lo que

⁹³ Ver anexo A.

contraria a la mediación que como hemos visto se celebrarán todas las sesiones necesarias para acercar a las partes y lograr un acuerdo.

El otro inconveniente es que en “la práctica se ha notado que el ofendido o la víctima no puede obligar al cumplimiento de algunas de las condiciones que establece el juez sobretodo las que se relacionan con la reparación del daño ya que tanto jueces y fiscales aducen que corresponde al ámbito privado de las partes y que en ello no pueden intervenir.⁹⁴” Siendo así, se configura una especie de híbrido donde los jueces determinan las condiciones para la reparación, pero por otro lado, no intervienen para su cumplimiento en cuanto a la reparación efectiva del daño.

Como hemos visto estas instituciones jurídicas constituyen nuevos modelos de gestión de los conflictos penales no relacionados con la mediación. Reiteramos que la mediación, desde el punto de vista jurídico, consiste en un mecanismo alternativo de solución de conflictos por medio del cual las partes en disputa, asistidos por un tercero neutral llamado mediador, buscan de común acuerdo una solución eventual no obligatoria a sus diferencias y ventilado por fuera de las instancias tradicionales.

3.2. Legislación comparada

Antes de entrar a considerar bajo qué parámetros debe implementarse la mediación en el Ecuador, me gustaría terminar de sentar las bases conociendo como actúa esta institución en otros países de nuestro continente.

En la Provincia de Buenos Aires-Argentina, luego de diversas reformas legales entre ellas la que establece en su Código de Procedimiento Penal,⁹⁵ establece que en oportunidad de ser ejercida la acción penal, “se tendrá en cuenta el arrepentimiento activo de quien aparezca como autor y la reparación voluntaria del daño, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas⁹⁶”; de igual manera, el Ministerio Público⁹⁷ entre otros deberes, “propiciará y proveerá la utilización de

⁹⁴ Ver anexo A

⁹⁵ modificación del Código de Procedimiento Penal por medio de la ley 11.922.

⁹⁶ T. DEL VAL, “Mediación en materia penal ¿La mediación...”, op. cit., p. 95.

⁹⁷ La ley 12.061 regula al Ministerio Público y agrega facultades en el artículo 86.

todos los mecanismos de mediación y conciliación, que permitan la solución pacífica de los conflictos”. Además es necesario contar con un área social, la cual “comprende entre otras la actividad de mediación y asistencia a la víctima”.

El Consejo de la Comunidad Europea se preocupó desde fines de la década de los años 80 en indicar que el principio de oportunidad y el ejercicio de la acción penal, sean reglamentados y se adopte toda vez que existan elementos de convicción determinantes de la culpabilidad. Se hace hincapié sobre “la gravedad de la infracción, las circunstancias y consecuencias del hecho, la personalidad del sospechable, cuáles podrían ser los efectos de una eventual condena, la situación de la víctima a la que se garante en toda ocasión el daño causado”. Dicha recomendación invita a la Estados europeos a la adopción de la transacción para el caso de asuntos penales de escasa monta y mínima gravedad. Esas otras medidas procesales siempre basadas en la posibilidad, cualquiera que fuese el delito, de que se pueda suspender del proceso y aún la sentencia⁹⁸.

En Colombia entró a regir el un nuevo Código de Procedimiento Penal en enero de 2005, en el que por primera vez dentro del derecho positivo, se incorporó tres formas o programas de solución de conflictos de justicia restaurativa, la cual se refiere a que la víctima, el delincuente, la comunidad y las familias de los involucrados pueden a su iniciativa proponer soluciones acordes con el respeto a los principios del procedimiento penal, los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes, siempre buscando la solución al conflicto penal mediante formas alternativas a la pura solución retributiva, esto es, acudir a la cárcel como único mecanismo de resolver el problema cuando una persona

⁹⁸ Cfr. R. SÁNCHEZ; P. AGUIRRE, *La Mediación Penal Y El Principio De Oportunidad.*, disponible en: http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:T0Po9w2FAhgJ:www.pensamientopenal.com.ar/03112010/doctrina01.pdf+&hl=es&pid=bl&srcid=ADGEEShNxoWFbQTJmF0pF1mBPVFNSl3mMgVxUrEcuwIoWVzVGZfKD0DfO1lePw_CmojZc_QEJkBytPcu8-Y3P96oKHRAqNHwavqVMV93X_gkarTSzKLBbXkObd_L6BYxpxTur_FQ_U0&sig=AHIEtbQJ8Tm4QpA45jjHqKtUO7JHJut0NA, consultado en: abril 2011.

infringe la norma penal. Los mecanismos que incorporó el Código de Procedimiento Penal son: la conciliación preprocesal, la mediación y la reparación integral⁹⁹.

Ahora bien, con la inclusión y el reconocimiento de los métodos alternativos de solución de controversias en diferentes legislaciones, necesariamente acarrea la regulación para ordenar su implementación.

En Colombia, la mediación es considerada un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. El mediador debe asegurarse que las partes sean psicológicamente capaces de hacer de la mediación una experiencia constructiva, logrando que la víctima no se vea aun más perjudicada por el hecho de reunirse con el delincuente y de que ambos comprendan que su participación es voluntaria.

Las partes se reúnen a fin de identificar la injusticia, rectificar el daño, restaurar los perjuicios, y establecer cronogramas de pago y monitoreo. Ambas partes presentan su versión de los eventos que condujeron al delito y las circunstancias que lo rodearon. La víctima tiene la posibilidad de hablar acerca de las dimensiones personales de la victimización y pérdida en tanto que el delincuente tiene la posibilidad de expresar su remordimiento y explicar las circunstancias que rodearon a su comportamiento. Posteriormente, las partes acuerdan con respecto a la naturaleza y alcance del daño causado por el delito, a fin de identificar los actos necesarios para reparar el perjuicio sufrido por la víctima. El acuerdo se recoge en un escrito junto con los cronogramas de pago y monitoreo.

⁹⁹ Cfr. ÁLVARO MÁRQUEZ. *Mecanismos De Justicia Restaurativa Admitidos En El Nuevo Código De Procedimiento Penal Colombiano*, disponible en: http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:VShZ3W9Jj8J:www.justiciarestaurativa.org/images/2005-04-28.8339786315+mediaci%C3%B3n+preprocesal&hl=es&gl=ec&pid=bl&srcid=ADGEEsjY8IXcT3gW-Op10JPy7IghHIM1fXhz0-zhf-HBO5fU1fF_muJQm1sAH9Pw5Y3mFE-4q17U9z3g3e78GvHzqzS3eB4RUUU04523gifYlKvk1LJKsQRNCUDGAskGXyBF1JoTZ3Nw&sig=AHIEtbTEGBmwRWZoMy7V9Z8DDMG2HzdPIQ, consultado en: marzo 2011.

La mediación se admite para los siguientes casos: reparación del daño, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados, realización o abstención de determinada conducta, prestación de servicios a la comunidad y petición de disculpas o perdón.¹⁰⁰

En Argentina no existe reglamentación respecto del procedimiento de mediación Penal, pero ha sido por la Fiscalía General quien ha dictado las directrices generales para su implementación. La mediación penal está organizada en este país como ya hemos visto en reiteradas ocasiones es un procedimiento voluntario, informal, confidencial, por el cual las partes autogestionan su conflicto de orden penal, lo que hace que el proceso sea más corto y ágil.¹⁰¹

3.2.1. Procedimiento

En Argentina se inicia el proceso de mediación por medio de la intervención de la Unidades Funcionales de Investigación y en aquellos casos en que el fiscal considere que el caso es mediable, también la Oficina de Asistencia a la Víctima puede pedir la Mediación Penal¹⁰².

Esta oficina tiene las primeras entrevistas con la víctima y efectúa un informe determinando si el caso es o no mediable, teniendo en cuenta para ello si existe conciencia del conflicto, la pureza del mismo, el poder que tiene cada parte en relación a la otra y la intensidad de la conducta conflictiva.

Primero, la víctima es informada y debe dar su consentimiento, es decir, que haya comprendido la naturaleza del conflicto y tomando en cuenta en qué consiste el procedimiento de mediación, se admite el caso; de no contar con el consentimiento se cierra el proceso. Si se admite el caso se cita al ofensor y se explica el procedimiento, si este acepta, firma el ofensor el convenio de confidencialidad y tiene una entrevista en forma privada con la mediadora; lo propio se realiza con la víctima. Si el proceso no

¹⁰⁰ Cfr. ÁLVARO MÁRQUEZ. Mecanismos De Justicia Restaurativa Admitidos En El Nuevo Código De Procedimiento Penal Colombiano., op. cit.

¹⁰¹ Cfr. R. SÁNCHEZ; P. AGUIRRE, “*La Mediación Penal Y El Principio De Oportunidad...*”, op. cit., p. 107.

¹⁰² El procedimiento descrito le pertenece al autor anteriormente citado. R. SÁNCHEZ; P. AGUIRRE, “*La Mediación Penal Y El Principio De Oportunidad...*”, op. cit., p. 107.

continuó por no contar con la aceptación del ofensor, la Oficina de Mediación Penal interviene ante el Fiscal General y certifica la actitud que ha tenido el ofensor en relación a si ha sido o no colaborativo.

Al continuar el proceso se fija una audiencia en forma conjunta, la cual debería concluir con una cláusula de acuerdo; la misma que en caso de incumplimiento, permite continuar con el proceso penal según los casos.

En los acuerdos, se establece una cláusula de seguimiento. El seguimiento está a cargo del equipo interdisciplinario compuesto por asistentes sociales, psicólogos y antropólogos quienes dependen de la Fiscalía General. Este equipo trabaja durante todo el proceso desde la admisión hasta el acuerdo y posterior seguimiento.

La legislación colombiana¹⁰³ tiene un procedimiento bastante similar al argentino e inicia con una solicitud por parte de la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento según el caso, para que el Fiscal General de la Nación o su delegado para que se designe un mediador.

El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, dependiendo el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación. Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal, la selección de la coerción personal o la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

3.2.2 Efectos de la Mediación

De las legislaciones revisadas se desprende que el acuerdo al que lleguen los interesados en la mediación tiene efectos vinculantes para la víctima y victimario.

Es preciso aclarar, que la decisión de acudir a la mediación, no es lo que tiene efectos vinculantes sino el acuerdo a que lleguen la víctima y victimario en proceso de mediación con un tercero neutral e imparcial.

El mediador no es administrador de justicia, es un facilitador, un intermediario neutral entre la comunicación de la víctima y el victimario. El mediador no es quien

¹⁰³ Cfr. ÁLVARO MÁRQUEZ. Mecanismos De Justicia Restaurativa Admitidos En El Nuevo Código De Procedimiento Penal Colombiano., op. cit.

resuelve sino que son las partes quienes deciden la orientación del acuerdo. Un mediador con facultades de administrar justicia no fue previsto en ninguna de las reformas constitucionales de los países estudiados.

3.3 Mediación Penal en cifras mundiales

En primer lugar es una alternativa genuina y de sentido común a la respuesta retributiva. La idea reconciliatoria parte de que debe darse un peso igual a los intereses y necesidades de las víctimas, de los victimarios y de la comunidad, y que deben reafirmarse y reconstruirse las relaciones entre ellos.

La comunicación de Prevención del Delito y Justicia de las Naciones Unidas, de abril de 2002, abogó por la implementación de la mediación en materia penal, puesto que concluyeron que este es un procedimiento preventivo.¹⁰⁴

Algunos estudios realizados en programas que aplican esta justicia retributiva (Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá, Japón y España), ofrecen los siguientes datos:

El 60 % o más de las víctimas a quienes se ofrece participar en una sesión de encuentro con el victimario, eligen hacerlo¹⁰⁵. Los participantes experimentan que la mediación tiene el efecto de humanizar el y sistema de justicia en cuanto a la respuesta que ofrece en relación al crimen, tanto hacia las víctimas como hacia los infractores, especialmente juveniles. “El programa *Juvenile Court Derivation* de Vermont, EE.UU., mostró que los índices de reincidencia eran menores al utilizar la reparación como sanción alternativa al encarcelamiento o a la libertad condicional intensiva.”¹⁰⁶ Los infractores juveniles que participaron en el procedimiento de mediación cometieron subsiguientemente menor cantidad y hechos menos serios, en comparación con los ofensores similares que fueron tratados dentro del sistema de justicia juvenil tradicional. Es por ello que el proceso de mediación tiene fuerte apoyo de jueces y oficiales del sistema de justicia criminal y está cada vez más institucionalizado en materia juvenil.

¹⁰⁴ T, DEL VAL, “*Mediación en materia penal: ...*”, op. cit., p. 195.

¹⁰⁵ T, DEL VAL, “*Mediación en materia penal: ...*”, op. cit., p. 23.

¹⁰⁶ T, DEL VAL, “*Mediación en materia penal: ...*”, op. cit., p. 195.

Más del 90 % de las mediaciones terminan con acuerdo escrito de restitución. En los programas juveniles de derivación policial, 57% de los acuerdos se conforman por una explicación o disculpa; el 25 % involucra reparación material, generalmente indemnización y trabajo comunitario y raramente trabajo para la víctima.¹⁰⁷

De igual forma más del 90 % de los acuerdos de restitución se cumplen de conformidad a sus términos. Y en los programas de British Columbia, Canadá, la tasa de cumplimiento de estos acuerdos ha llegado al 100 %¹⁰⁸.

3.4 La mediación preprocesal en nuestro sistema, como mecanismo de justicia restaurativa

En este orden de ideas, es indudable que recurrir a la incorporación de la figura de la mediación penal dentro del marco jurídico penal supone apelar por la aplicación del principio de oportunidad y la vigencia del mismo. Apelar por el principio de oportunidad supone dotar a la autoridad de la facultad de disponer del ejercicio de la acción en determinadas situaciones¹⁰⁹.

La implementación que se le debe dar a la mediación penal en nuestro país debe ser designada como “mediación preprocesal”, o, “mediación extrajudicial” ya que como hemos visto, se refiere a un sistema de carácter voluntario practicado antes de la instauración de un proceso judicial en el que las partes con la ayuda de un tercero llamado mediador, llegan a un acuerdo inteligente que representa una fórmula de arreglo concreta y justa con la que ponen fin a su colisión de intereses eficazmente y con la que evitan un proceso judicial; es decir, antes que se solicite la tutela jurisdiccional efectiva al órgano jurisdiccional competente y este decida el conflicto por las partes. Es un método de solución no Jurisdiccional y consensual.

¹⁰⁷ T. DEL VAL, “Mediación en materia penal ¿La mediación...”, op. cit., p. 117.

¹⁰⁸ T. DEL VAL, “Mediación en materia penal ¿La mediación...”, op. cit., p. 113.

¹⁰⁹ L. GORDILLO SANTANA. *Los Principios Constitucionales Y Las Garantías Penales En El Marco Del Proceso De Mediación Penal*, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/40312131/MEDIACION-PENAL>, consultado en: marzo 2011.

Sobre la base de lo antes dicho debe quedar en claro que la figura de la mediación en el ámbito penal, no debe entenderse como una violación a la presunción de inocencia debido a que, el ofensor está dispuesto a participar voluntariamente en el proceso de mediación penal sin presión ni coacción alguna, previa información de sus derechos y las consecuencias de la elección de una u otra vía. Y, en la medida en que las cargas que soporta el sujeto responden a su propia iniciativa, aunque sea estimulada por las instancias judiciales, no puede afirmarse que el sujeto es tratado como culpable imponiéndosele una serie de exigencias debidas a su actuación; aún cuando no existe una declaración de culpabilidad, la persona viene a asumir su responsabilidad en las consecuencias lesivas del hecho, lo que no coincide con el reconocimiento de la responsabilidad jurídico-penal¹¹⁰.

Cabe mencionar que en la mayor parte de las legislaciones donde se recoge la figura de la mediación penal y en la práctica comparada, existe el requisito previo del reconocimiento de los hechos por el autor o por lo menos, una certeza probatoria manifiesta que indica su responsabilidad en los mismos.

También debemos precisar que en las legislaciones analizadas que nos hemos basado para realizar la aproximación de esta institución, se puede observar que tanto en Argentina como en Colombia, parten del supuesto de que existe una conciencia entre los actores del sistema judicial; por lo cual, algunos tratadistas sostienen que previo a la incorporación de una reforma legal se debe aprovechar las instituciones que están vigentes. En otras palabras para incorporar los MASC dentro del ordenamiento jurídico, debe reforzarse la utilización de los métodos alternativos.

Algo rescatable de la experiencia Argentina es que en sus inicios fue aplicado en ciertas aéreas y en específico en la justicia penal juvenil en las que se experimentó en ciertos territorios de la república, previo a una reforma penal¹¹¹. Este mismo procedimiento podría utilizarse en Ecuador debido a que permite adquirir experticia y al contar con la

¹¹⁰ Cfr. GORDILLO SANTANA. “Los Principios Constitucionales Y Las Garantías Penales ...”, op. cit.

¹¹¹ Cfr. T. DEL VAL, “Mediación en materia penal ¿La mediación...”, op. cit., p. 97.

experimentación permite crear antecedentes, previo a la implantación de este tipo de justicia.

Es por ello que a pesar de que el ideal al que se apunta es que la mediación penal se preprocesal, no es menos cierto que debemos aprovechar las instituciones vigentes y fortalecerlas de tal manera que en la práctica penal se propenda a la mediación.

Una idea que propone el Dr. CALVACHI es que a los acuerdos que deben llegar las partes se realice “a través de los centros de mediación del Consejo de la Judicatura; ya que pueden realizar el acercamiento, siempre y cuando actúen bajo el pedido de las partes sin que esto altere el procedimiento.” Es decir, dentro de las instituciones ya estudiadas como el acuerdo reparatorio, en vez de que las partes dependan de la iniciativa de sus abogados o del juez, pueden ser orientados por un mediador que los ayude a lograr una reparación. Esta implementación es “totalmente viable ya que solo se requeriría de una resolución del Consejo de la Judicatura en la que se disponga que los acuerdos puedan ser logrados a través de un mediador adjudicado por el Consejo¹¹²”. Este breve ejemplo, a gran escala permitiría que se vaya construyendo las bases para una justicia restaurativa.

Tal trascendencia tiene la justicia restaurativa en el mundo, que los proyectos de reformas legales que se han discutido los últimos meses ya ha considerado la incorporación de la mediación penal en el Ecuador; es así que el Anteproyecto del Código de Garantías Penales auspiciado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos¹¹³ ya contiene un capítulo destinado a la mediación penal que expone algunas de las ideas ya planteadas en este trabajo.

En el artículo 205 del Libro II del Anteproyecto se establecen las reglas generales que entre otros reflejan los principios que hemos tratado como de confidencialidad y de voluntad de las partes de someterse a la mediación; aunque lo destacable es que este proyecto brinda la posibilidad al Fiscal de ser parte activa de la mediación por lo menos en la parte formal. Así como también, reconoce lo que habíamos discutido sobre la

¹¹² Ver anexo A

¹¹³ R. Ávila Santamaría, Anteproyecto de Código de Garantías Penales, disponible en: http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec/images/stories/publicaciones/Anteproyecto_Codigo.pdf, consultado en: abril de 2011.

conurrencia de personas en el delito, permitiéndoles ejercer su derecho de participar en una mediación u optar por el procedimiento penal ordinario.

De igual forma le atribuye el deber al juez de impulsar a las partes a una mediación cuando se cumplan las siguientes condiciones;

- a) si la infracción es leve o levísima;
- b) si la comisión de un delito afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; y,
- c) si se tratare de delitos culposos.

Esto demuestra la intención de descongestionar el sistema con causas de poca trascendencia y que bien podrían ser tratadas por una vía alterna que efectivice la reparación del daño para las partes sin tener que enfrascarse en la justicia ordinaria.

Este proyecto destaca la participación del Consejo de la Judicatura, a quienes se les encarga el deber de elegir a los mediadores, que deben cumplir con los requisitos que hoy en día se exigen para ser juez de primer nivel contemplados en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Finalmente, lo importante de cualquier reforma que se realice para implementar la mediación penal es que sea amigable, ágil, económica con los usuarios de la administración de justicia y recordando a los involucrados en el conflicto, que su derecho a ejercer la acción penal ordinaria siempre será libre.

En conclusión, en los sistemas penal actuales como el nuestro, la víctima ha sido despojada de su conflicto, es decir, el Estado secuestra el conflicto penal para evitar la venganza personal de la víctima o sus afectados con el delito y dirige toda su atención a la persecución y sanción del autor del hecho olvidando las necesidades de protección, respeto y consideración de quien ha sufrido la acción delictiva. De esta manera el Estado sienta su interés en el delincuente como única manera de controlar el delito. Todas las garantías procesales como los derechos fundamentales del delincuente, están protegidos. Es así que, la deshumanización del sistema penal tiene su reflejo directo en el proceso que ha terminado en convertirse en un instrumento de una justicia formal que en varias pocas ocasiones ha sido generador de mayores daños y perjuicios de los que causan los delitos.

CONCLUSIONES

Tradicionalmente, el conflicto penal ha sido dirimido entre quien dio el paso al acto criminal y el Estado, a través de su sistema de administración de justicia. Tanto la víctima como la comunidad han permanecido como simples figuras simbólicas a las que se acude para justificar la reacción punitiva y en cuyo nombre el delincuente sufre las consecuencias de su ilícito actuar.

En este trabajo se propuso al lector que considere transitar de un derecho penal retributivo a un derecho penal restaurativo, que atiende las necesidades del sujeto pasivo del delito y del daño. En efecto, la víctima del delito tiene una serie de necesidades que el derecho penal convencional ha sido incapaz de cubrir, correspondiéndole a las corrientes contemporáneas sacarla de su frustración y atender sus necesidades de respuesta, de reconocimiento, de seguridad, de reparación y de significación.

La mediación penal constituye así una vía de revalorización tanto de la víctima como del victimario, ya que crea espacios para esta disciplina del derecho y para una participación cierta y relevante de los protagonistas del conflicto en el desenlace del drama penal.

En el primer Capítulo de este trabajo se ha dejado sentado que los MASC son una figura que encuentra su origen en el inicio de la vida en sociedad como forma de evitar la profundización de conflictos y evitar la crisis, dando una revisión por la ley del Tali3n en el antiguo derecho romano hasta nuestra historia contempor3nea donde es constatable como la implementaci3n de los MASC reduce la insatisfacci3n que deja la administraci3n de justicia.

Seg3n la doctrina, se ha establecido que los principales m3todos de resoluci3n de conflictos son: la negociaci3n, que es un procedimiento bilateral entre dos o m3s partes que directamente sin ning3n de intermediario, intentan solucionar sus diferencias o conflictos; el arbitraje, en donde las partes acuerdan someter su controversia a un tercero f3sico o a un tribunal y; la mediaci3n que como se demostr3, es el proceso informal en el que una tercera parte neutral ayuda a las partes en conflicto a resolver la controversia, pero sin tener el poder para imponer una soluci3n.

Esta gesti3n diferente del conflicto y en espec3fico del conflicto penal es 3til para que las partes puedan encauzar su parte emocional, y aceptar una disculpa de tal manera que permite a los sujetos sentirse reconocidos, legitimados, escuchados, y de cierta manera autosuficiente para obtener una reparaci3n que satisfaga a todos.

Una vez realizada una explicaci3n sobre la naturaleza de las Mediaci3n Penal, profundizando en sus elementos caracter3sticos y partiendo del hecho de que el derecho penal es un instrumento necesario para el funcionamiento de la sociedad, se concibe a la mediaci3n penal como un instrumento que incrementa las posibilidades de soluci3n pac3fica de los conflictos atendiendo a las necesidades de la v3ctima y apoyando la posibilidad de reinserci3n de los infractores y destacando que a trav3s de los principios y elementos m3s distintivos dentro de la mediaci3n penal se logra el objetivo primordial que es la reparaci3n real del da3o incluso por encima de la reparaci3n simb3lica.

Es por ello, que el papel del Estado ahonda en la funci3n social que cumple el derecho penal y la pena. Ciertamente, en una sociedad organizada, los ciudadanos exigimos un orden y una clara protecci3n de bienes que consideramos fundamentales. Sin embargo, esta afirmaci3n merece una precisi3n; ya que del C3digo Penal y leyes especiales

de Latinoamérica nos podemos dar cuenta de que no todos los bienes jurídicos que merecen la misma rigidez en la tutela penal. Lo que permite que ingresen dentro de la materia transigibles, aquellos conflictos particulares en que las partes puedan disponer de su derecho , dejando para la Función Judicial, todos aquellos casos en que las partes no encuentren una solución satisfactoria a su conflicto.

En el Tercer Capítulo analiza la implementación de la mediación penal; optando por que se ejecute preprocesalmente. Esto se debe a que las instituciones actuales como la conversión de acciones, los Acuerdos Reparatorios, la Suspensión Condicional del procedimiento; y, la posibilidad de que en los delitos de acción privada se pueda designar un “amigable componedor” , requieren del inicio de un proceso y activación del aparato estatal, situación que se busca evitar con la mediación penal.

De esta manera luego de analizar la institución que presenta la mediación penal y que el modelo de justicia tradicional no suele tener en cuenta la importancia de los procesos que llevan a la autonomía y a la asunción de responsabilidad de los ciudadanos respecto a sus conflictos. Vemos que la mediación penal representa un proceso de resocialización, junto el compromiso que adquieren las partes, mejora la convivencia, mira hacia el futuro, facilita que víctima e infractor encuentren una salida que les permita salir adelante, voltear la página y no quedar enganchados en esos roles, en ese vínculo que les opone y de los resultados obtenidos en los países en que la mediación penal se práctica pueda dar una respuesta penal sanadora; ya que actúa como inhibidor de la reincidencia.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, G. *Los métodos alternativos de resolución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas*. Ponencia de la conferencia internacional “Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo”, celebrada en Bogotá del 28 al 31 de julio de 1998. Publicado en *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*. Alfredo Fuentes Hernández (ed.), Bogotá, 1999.

ALBÁN GÓMEZ, E. *Manual de Derecho penal Ecuatoriano Parte General* Colección Profesional Ecuatoriana, Ediciones Legales, 3ed, Quito.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. *Bien jurídico y Constitución. Cuadernos de política criminal*. No. 43, Madrid, 1991.

ÁLVAREZ, G.; HIGHTON, E.; y ELÍAS, J. *Mediación y Justicia*. Depalma. Buenos Aires, 1996.

AMUCHATEGUI, I. *Derecho Penal*. Editorial Harla, México, 1993.

ARMENTA DEU, T. *Justicia: Medidas Alternativas. Pequeña Criminalidad y Principio de Oportunidad, Alternativas Convencionales en el Derecho Tributario*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2003.

BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de derecho penal. Parte general*, segunda edición. Edit. Akal, Madrid, 1990.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal Español Parte General*, 4ª ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

CABANELLAS DE TORRES, G. *Diccionario enciclopédico de derecho usual: tomo VIII: T – Z*, Heliasta 30ª ed., Buenos Aires, 2008.

CARRERAS, S. *Mediación: Una opción a la violencia social. Mediación penal: reparación como tercera vía en el sistema penal*, 1ed Buenos Aires: Depalma, 2002.

CAVAINO, R.; GOBBI, M. y; PADILLA, R. *Negociación y Mediación – Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*. Ad – Hoc. Buenos Aires, Argentina.

CERETTI, A. *Mediación Penal y Justicia en contar una norma. Justicia reparatoria: mediación penal y probation*. 1ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.

CONCHA CANTÚ, H. y CABALLERO, J. *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, citado por J. CABALLERO, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001

CÓRDOBA, V. *Apuntes preliminares sobre teorías de la pena y sistemas de resolución alternativa de conflictos*. Resolución alterna de conflictos penales, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000.

DE LEÓN VELASCO, H.; y, DE MATA VELA, J. *Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial*. Editorial Llerena y F&G Editores, 1999, Guatemala.

NAPOLI, D. *El corporativismo en Italia: aspectos Históricos y doctrina*, Revista de Estudios Políticos, nº 206-207, Madrid, 1977 pp. 325-336. Citado por S. FERNÁNDEZ

RIQUELME, La Mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, enero 2010, www.eumed.net/rev/cccss/07/sfr.htm, visitado 15/10/2010.

DEL VAL, T. *Mediación en materia penal: ¿la mediación previene el delito?*, 2ed., Buenos Aires, 2009.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. LEX. Editorial Espasa Calpe, S.A. España, 1999.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.; y DE HERBÓN, H. *El arbitraje*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

FERNÁNDEZ RIQUELME, S. La Mediación social: itinerario histórico de la resolución de conflictos sociales, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, enero 2010, www.eumed.net/rev/cccss/07/sfr.htm, visitado 15/10/2010.

FERRAJOLI, L. *El Derecho Penal Mínimo*. VV.AA., “Prevención y Teoría de la Pena”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995.

GARCÍA VILLALUENGA, Mediación en conflictos familiares, Reus, Madrid, Reus, 2006.

GIMÉNEZ SALINAS, E. *La conciliación víctima-delincuente. Hacia un derecho Penal reparatorio*, En VV.AA: La Victimología, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

GORDILLO SANTANA, L. *Los Principios Constitucionales Y Las Garantías Penales En El Marco Del Proceso De Mediación Penal*, octubre 2010, <http://es.scribd.com/doc/40312131/MEDIACION-PENAL> visitado marzo 2011.

H. PRATT, citado por JOSÉ ZAMORA GRANT, *Derecho victimal: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano* Instituto Nacional de Ciencias Penales, México DF: 2009.

HIGTON, E. y ÁLVAREZ, G. *Mediación para Resolver Conflictos*, AD-Hoc. 2da ed, Buenos Aires, 1998.

JAKOBS, G. Derecho Penal, Parte General, *Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da., Ed., Madrid, 1997.

LEWIS, M. *Principios de Legalidad y Oportunidad en la Mediación Penal*, Mediación Penal: Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil, Buenos Aires: LexisNexis Depalma, 2002.

MAIER, J. “Prólogo”, *Resolución alternativa de conflictos penales*, Del Puertos SRL, Buenos Aires, 2000.

MAIER, J. *Derecho procesal penal: sujetos penales. Parte general*, Volumen 2, Editores del Puerto, 2002

MENDELSON, B. citado por JOSÉ ZAMORA GRANT, *Derecho victimal: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano* Instituto Nacional de Ciencias Penales, México DF: 2009.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996.

MONTEZANTI, G. *La lógica interna en la solución de los conflictos particulares. Resolución alternativa de conflictos penales* Editores del Puertos SRL Buenos Aires: 2000.

NEUMAN, E. *Paradigmas y características Esenciales, Mediación penal*. 2ª ed. Buenos Aires

PEDRO, D. *La prisión y sus alternativas. Justicia reparatoria: mediación penal y probation*. 1ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.

PUERTAS RUIZ, R. *La mediación prejudicial obligatoria: una propuesta al país*, Novedades Jurídicas Año VII, Número 52, octubre 2010.

RICOURT GÓMEZ, A. y PROSCOPIO PÉREZ, J. *Introducción A La Resolución Alternativa De Disputas*, R. LI ROSI Coordinador Resolución Alternativo de Disputas, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2001.

ROCA DE ESTRADA, P. *Medios Alternativos a la Resolución de Conflictos. La Mediación y Reparación en Materia Penal*, Revista de Derecho Penal. Instituto de Ciencias Penales, Buenos Aires, 2001.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, G. *RAC y profesionalización de los facilitadores* Buenos Aires, Editores del Puerto, España, 2000.

SALGADO, E. *El Arbitraje. La justicia Alternativa*, DISTRILIB, 2da Ed., Guayaquil: 2007.

SOLER, S. *Derecho penal Argentino*, Tomo I, Rio de Janeiro, Tea Rio de Janeiro, 1978.

VINTIMILLA, J. Y ANDRADE, S. *Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria*, CIDES Unión Europea, Programa Andino de Derechos Humanos y Democracia 2002-2005.

VIZCAÍNO, V. *Tratado de la Jurisdicción Ordinaria, para Dirección, y Guía de los Alcaldes de los Pueblos de España*, Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., con las licencias necesarias, Madrid, MDCCLXXXI, PP 11 – 12. Citado en “Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia en el Ecuador”.

WELZEL, H. *Derecho penal, Parte General*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1956.

ZAFFARONI, R. *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Editar, 2000.

NORMAS CITADAS

- Código Civil publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005.
- Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 360 13 de enero de 2000.
- Código Penal Ecuador, vigente, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 147 de 22 de Enero de 1971.
- Constitución de la República del Ecuador 2008 publicada en el R.O. N° 449 del 20 de octubre de 2008.
- Ley de Arbitraje y Mediación, publicado en el R.O. N° 417 del jueves 14 de diciembre del 2006.

ANEXO A

1. ¿Qué opinión le merece la conversión de acciones frente a la mediación penal?

Conversión de acciones esta forma de terminación anticipada haría suponer que el ofendido a llegado a un acuerdo con el procesado y que producto de ello solicita dicha conversión, sin embargo, el hecho de que la autorización de la misma dependa de un criterio que pasa por el impacto social que ha generado el delito allanamiento por parte del fiscal y autorización por parte del juez hace que no pueda considerado en esencia como un institución que contenga una mediación. La practica penal ecuatoriana ha revelado que muchas personas acuden a la instancia penal un resarcimiento económico e incluso como un medio de extorsión para cobra deudas de carácter civil. Por ello pasada una década de la implementación de esta institución se ha visto que no es un mecanismo adecuado para asegurar un acercamiento de las partes, ni tampoco se revela una descongestión para los procesos judiciales. Cabe anotar el procesado desde el punto de vista formal no tiene participación alguna por lo tanto no es una institución que permita promover una justicia restaurativa que es el objetivo a alcanzar.

2. ¿Qué opinión le merece los acuerdos reparatorios frente a la mediación penal?

Acuerdos reparatorios: constituye un paso más adelante respecto de la conversión el cuál parte de la base tanto el procesado como el ofendido hayan llegado a un acuerdo de reparación el mismo que debe ser presentado ante el fiscal sin embargo de ser un paso importante parecería pero al haber ya dentro del proceso se estaría recurriendo a esta figura cuando posiblemente ya hubo una revictimización y por otro lado los acuerdos de reparación a los q se llegue podrían estar sujetos a una necesidad de la víctima por dar por terminado un proceso que le causa mucho dolor y no necesariamente no por un mecanismo de acercamiento con el procesado y no que tienda a generar la posibilidad de “sanar las heridas”. Por otro lado esta figura al no completar un tercero imparcial que participe en la negociación para llegar al acuerdo. Esto puede provocar que hay un desbalance para alcanzar la mediación ya que puede darse un desbalance por el contrario el procesado sea puesto en una situación desventajosa. Lo importante es que en cualquier tipo de acuerdo dentro del proceso se garantice que las partes accedan a las negociaciones sean igualitarias de tal manera que sean el reflejo de una libertad.

“los acuerdos de reparación estamos dentro de un proceso penal donde la posición del ofendido o del procesado este evidentemente en superioridad que la otra parte no relacionada a los hechos.”

“que en la decisión del ofendido si se cumple o no las condiciones y si a su criterio no se han cumplido tiene la opción de hacer cumplirlo y continuar con la acción penal” parecería que la balanza está a favor del ofendido y puede prestarse para maniobras el procesado puede haber cumplido varias”

3. ¿De qué se trata la suspensión condicional del procedimiento?

Suspensión condicional del procedimiento: es el que menos se acerca a un proceso de la actividad e impulso corresponde al fiscal y las partes se ven relegadas a un segundo plano. Si bien el juez es el que autoriza y establece las condiciones de la suspensión del proceso esto no lo convierte en un mediador porque el toma la procedencia de la suspensión luego de la audiencia donde hablan el ofendido, el fiscal y procesado. Estas se encuentran contempladas en la ley y basado en el criterio del juez

El otro inconveniente en “la práctica se ha notado que el ofendido o la víctima no puede obligar al cumplimiento de algunas de las condiciones que establece el juez sobretodo las que se relacionan con la reparación del daño ya que tanto jueces y fiscales aducen que corresponde al ámbito privado de las partes y que en ello no pueden intervenir. Si así que la figura una especie de híbrido donde los jueces determinan las condiciones para la reparación pero por otra no interviene para su cumplimiento.

Una sola audiencia donde el juez impone las condiciones no se qué voy a negociar

4. ¿Qué opinión le merece la conversión de acciones frente a la mediación penal?

Debe anotarse sin que exista una ley previa más bien como un proceso hacia la ley

Requisito previo una cultura jurídica que propenda hacia la mediación que les permita adoptar los principios que rigen en los acuerdos internacionales e ir instaurando prácticas que tienen como objetivo la justicia restaurativa. Bajo esa premisa por ello no es de extrañar figuras como la conversión de acciones no se hayan constituido en factores significativos que propenda a la paz social “como tampoco lo harán las nuevas figuras instauradas en la reforma en 2009”

5. ¿Cómo podemos implementar la mediación con el sistema penal vigente?

“Que se inserten para promover las instituciones ya existentes promoviendo que la función judicial a través de sus centros de mediación puedan realizar el acercamiento y actuar a pedido de las partes sin que esto altere el procedimiento “Ese acompañamiento que haga el mediador el fiscal sea informado para que sea una actuación activa resolución del Consejo de la judicatura. Disposición dentro de la fiscalía para propender a la mediación se irá construyendo las bases para una justicia restaurativa y reforma legal.

En un futuro lo que debe hacerse una reforma legal que denuncias que se presenten con estos delitos se informe al denunciante que puede acudir a un centro de mediación y acceder a este mecanismo para solucionar el conflicto si es que no da resultado quedará siempre libre la acción penal ordinaria.

Los centros de mediación a través de su mediación puedan presentarse a las partes en todos los casos de acción privada para que a través de ellos se llegue a un acuerdo. Centro de mediación a las órdenes para acercar a las partes.

